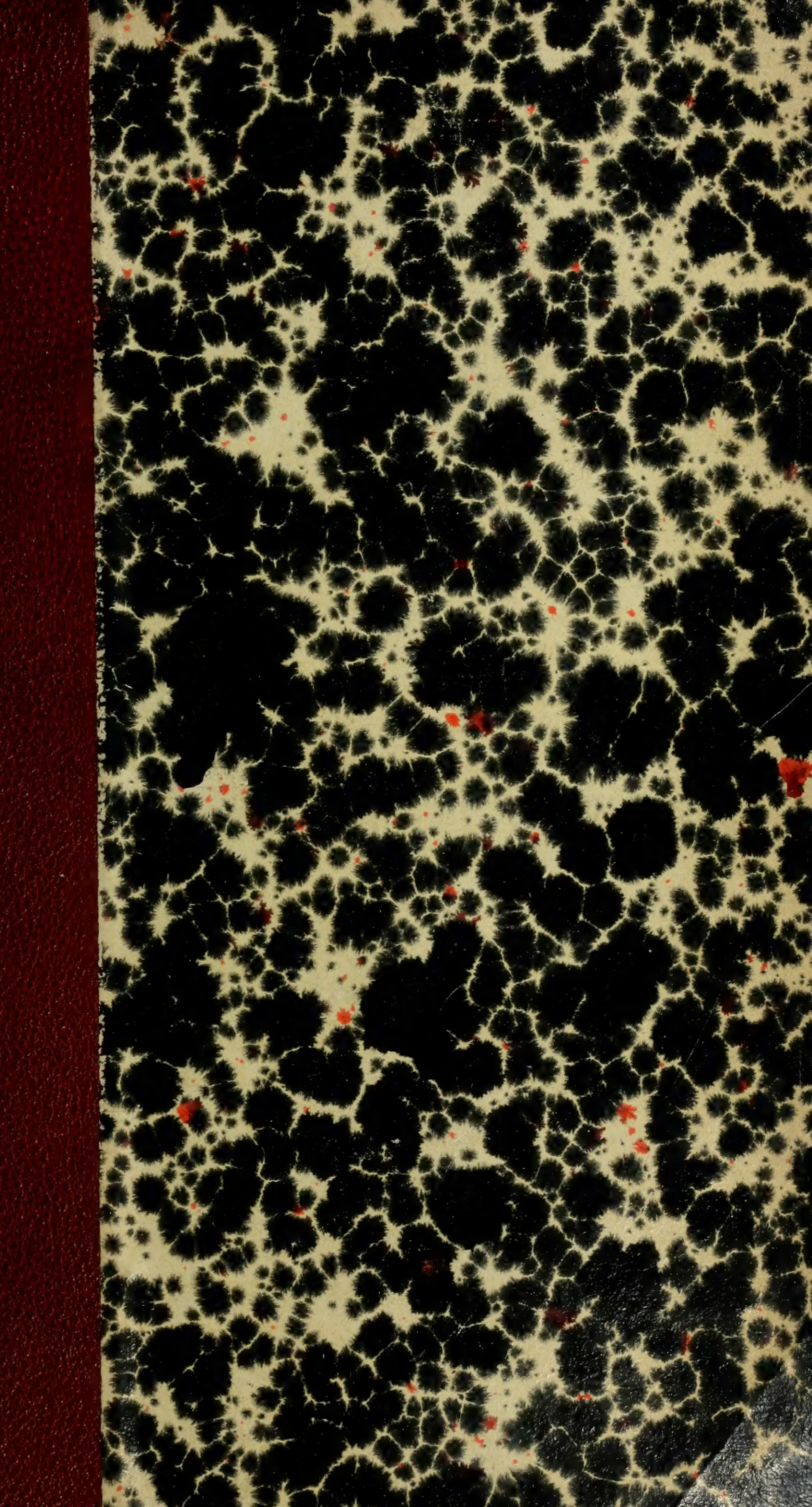
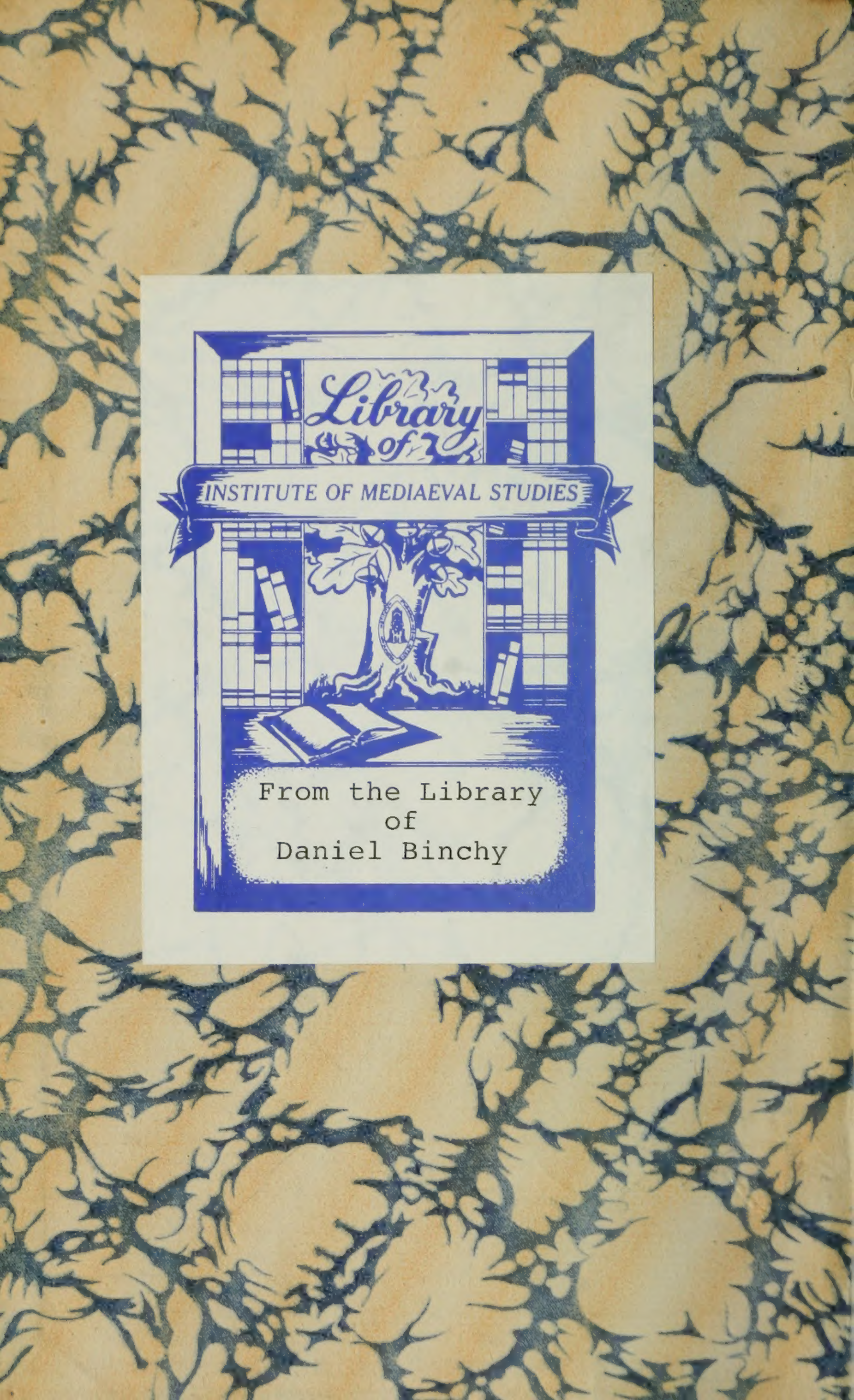






LES

THÉORIES POLITIQUES

DU MOYEN AGE

PITHIVIERS. — IMP. DOMANGÉ ET Cie. — 6211

LES
THÉORIES POLITIQUES
DU MOYEN AGE

PAR

OTTO VON GIERKE

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BERLIN

PRÉCÉDÉES D'UNE INTRODUCTION

PAR

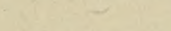
FREDERIC WILLIAM MAITLAND

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE CAMBRIDGE

TRADUITES DE L'ALLEMAND ET DE L'ANGLAIS

PAR

JEAN DE PANGE



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5e

Léon TENIN, Directeur

1914

PRÉFACE DU TRADUCTEUR FRANÇAIS

Il est remarquable que l'étude des théories politiques du Moyen Age soit à peine commencée, et qu'elle ait été négligée jusqu'ici même par la plupart des spécialistes qui se sont consacrés à l'histoire de cette époque. On peut en effet se demander si cette histoire est pleinement intelligible à un esprit qui n'est pas initié aux doctrines fondamentales sur lesquelles reposait la société du Moyen Age. « Que dirait-on, écrit M. Bernheim (1), d'un historien qui, étudiant l'histoire du dix-neuvième siècle, ne connaîtrait pas à fond les idées essentielles du libéralisme ou du parti conservateur, ne saurait rien des expressions que les différents partis emploient couramment, et ne soupçonnerait pas comment ces idées et ces expressions sont étroitement liées aux différentes tendances religieuses et philosophiques de notre époque? Cependant une ignorance aussi profonde continue à régner dans les études médiévales, sans qu'on fasse rien pour la dissiper ». Il y a lieu d'ajouter qu'il est difficile de bien comprendre les idées modernes sans connaître celles du Moyen Age dont elles sont le prolongement. Mais ces théories médiévales elles-mêmes n'ont fait que développer les principes déjà implicitement contenus dans la

(1) Ernest Bernheim, *Politische Begriffe des Mittelalters im Lichte der Anschauungen Augustins,* in Deutsche Zeitschrift für Geschichtswissenschaft, Neue Folge, erster Jahrgang, 1896-1897. Freiburg u. Leipzig 1897.

philosophie antique, la morale chrétienne et l'esprit germanique. Comment s'est formée l'idée de la société religieuse? Quel est l'idéal moral que le Christianisme a proposé aux nouveaux États qui reconnaissaient sa loi? Dans quelle mesure les conceptions essentielles du droit germanique ont-elles pu se faire reconnaître et subsister? C'est ce qu'il ne paraîtra sans doute pas inutile de rappeler brièvement avant d'aborder l'étude du système politique du Moyen Age.

I. — L'idée de l'Église.

On sait quelle était la théorie antique de la Société. Elle se résumait dans l'omnipotence de l'État, qu'exprime le célèbre principe d'Aristote d'après lequel l'existence du tout est antérieure et supérieure à celle de ses parties. L'individu n'avait aucun droit propre et restait toujours subordonné au groupe auquel il appartenait. La religion antique, n'étant rien de plus qu'une institution de l'État, ne s'adressait pas à la conscience individuelle. Elle n'exigeait des citoyens que l'exercice du culte public; elle ne leur imposait aucun article de foi, aucune manière particulière de se représenter les dieux, de sorte que l'hérésie était impossible (1). Il n'y avait qu'un seul *Imperium*, et, suivant la définition classique, le *Jus Sacrum* était une partie du *Jus Publicum*.

En ce qui concerne le droit corporatif, les Romains étaient arrivés à concevoir l'*universitas*, qui désigne l'unité organique de la corporation (2). Marcien déclare,

(1) Carl Rieker, *der Ursprung von Staat und Kirche*, in « Festschrift Emil Friedberg », Leipzig 1908.

(2) Saleilles, *De la personnalité juridique* (Paris 1910), p. 47 : la *societas* était un groupement personnel, une juxtaposition d'individualités contractantes. L'un des sociétaires disparaissant, la société était détruite.

en parlant des biens des cités, qu'ils appartiennent à l'*universitas*, c'est-à-dire à la collectivité unifiée, et non aux membres de la cité considérés individuellement, (*universitatis sunt, non singulorum*). Au-dessus des citoyens, du *populus Romanus*, l'État, la *Respublica*, apparaissait donc comme une unité tout à fait distincte du groupe qui la constituait. La notion civilisatrice par excellence, celle de la personne morale, se trouvait là en ébauche. Mais, réservée à l'État ou à ses créatures, elle n'était encore qu'une abstraction juridique, une sorte de cadre, préparé par la philosophie antique, et que l'Église était appelée à remplir.

En effet, dès son apparition, le Christianisme manifesta hautement son indépendance de l'État, auquel il opposait l'idée de l'Église, c'est-à-dire d'une communauté purement spirituelle et morale, beaucoup plus étendue que l'État puisqu'elle revendiquait la direction de toute l'humanité. L'Église enseignait d'ailleurs que les individus, loin d'être de simples parties de l'État, avaient une valeur absolue et un but transcendant. Elle-même fut, dès le début, considérée comme un tout autonome et homogène, comme un véritable organisme vivant qui, suivant sa définition essentielle, est le « Corps mystique du Christ ». Dans ce profond symbole se trouve contenue en germe toute la doctrine postérieure sur le rôle et la

Au contraire, dans l'association, que les Romains appellent, suivant les cas, du nom de *collegium*, de *corpus* ou de *sodalitas*, les individus passent et se succèdent, sans que l'existence du corps en soit affectée. Ces *collegia* sont des corps qui ont une existence juridique indépendante des individualités qui les composent. Et en cela ils ressemblent à l'État. Le *collegium* est comme une réduction de la cité... Puis une conception nouvelle se forme peu à peu, celle de l'*universitas*, qui, comme l'hérédité, est assimilée à une personne (*Personae vice fungitur*), tandis que la *societas* ne l'est pas. L'Église fut plus tard l'objet de la même assimilation : « *Ecclesia vicem personae sustinet* ». Lib. 22, Dig. 46, 1. Cité par Mestre, *Les personnes morales*, Paris 18 9, p. 66.

nature de l'Église; par là en sont affirmés les caractères d'unité vivante, de coordination des divers membres en vue d'un même but, et surtout de transcendance par rapport à toutes les institutions humaines, puisque l'Église n'est que la manifestation terrestre de l'Esprit de Dieu. Par ce mot enfin est consacrée la réalité de l'existence collective de la communauté chrétienne (1).

Cette définition de l'Église est donnée par Saint Paul, aux yeux duquel la communauté, l'*ecclesia*, est [réellement un organisme qu'anime l'Esprit de Dieu. « Il y a bien diversité de dons, écrit l'apôtre, mais il n'y a qu'un même Esprit; il y a aussi diversité de ministères, mais il n'y a qu'un même Seigneur; il y a aussi diversité d'opérations, mais il n'y a qu'un même Dieu, qui opère toutes choses en tous; et les dons de l'Esprit se manifestent dans chaque homme pour l'utilité commune... En effet, comme notre corps n'est qu'un, quoiqu'il ait plusieurs membres, et que tous les membres de ce seul corps, quoiqu'ils soient plusieurs, ne forment qu'un corps, il en est de même du Christ. Car nous avons tous été baptisés dans le même Esprit, pour n'être tous ensemble qu'un même corps, soit Juifs ou Gentils, soit esclaves ou libres, et nous avons tous été abreuvés d'un même Esprit... Aussi, lorsqu'un des membres souffre, tous les autres souffrent avec lui; ou si l'un des membres est honoré, tous les autres s'en réjouissent avec lui. *Or, vous êtes le corps du Christ, et vous êtes ses membres, chacun en particulier* (2)». « Car comme dans un seul corps nous avons plusieurs membres, et que tous ces membres n'ont pas la même fonction; ainsi, quoique nous soyons plu-

(1) Mestre, *Les personnes morales*, p. 63.

(2) 1e *Épître de Saint Paul aux Corinthiens* chap. XII, v. 1-7, 12-13, 26-27.

sieurs, nous ne sommes tous néanmoins qu'un seul corps en Jésus-Christ, et nous sommes tous réciproquement membres les uns des autres (1). » Une ère nouvelle s'ouvrait pour l'humanité qui, pour la première fois, était conçue comme formant un seul organisme intellectuel et moral. Et la réalité de ce phénomène était exprimée par l'image du corps vivant, image si profonde et si juste qu'elle revient éternellement chaque fois qu'on fait appel à l'idée de société (2). L'Église s'identifie désormais avec le corps du Christ, et dans la doctrine de la Cène, telle qu'elle est formulée par Saint Paul, l'union des membres avec leur chef s'établit par l'intermédiaire du mystère dont l'Église est dépositaire (3).

Ainsi constituée en Société des Fidèles, sorte d'État spirituel et universel, l'Église prend la première place. L'ancien État, laïcisé, n'ayant plus son culte propre, est relégué dans le domaine temporel. On déclare qu'il a été fondé sur l'injustice et sur la violence, par suite de

(1) *Epître de Saint Paul aux Romains*, chap. XII, v. 4-5.

(2) Cette image du corps chrétien se trouve, par exemple, dans une constitution donnée par l'Empereur Maximilien en 1512 : « *So haben wir uns mit des Heil. Reichs Ständen und sie mit uns als ein* Christlich Corpus *vereinigt und vertragen* ». Cité dans la dissertation *De alienatione immediati feudi imperii*, par J. Ulricus Pauli, 1709.

(3) 1e *Ep. aux Cor.*, chap. X, v. 16-17 (voir la citation faite ci-dessous page 136, note 67). Cette idée est souvent reprise par Saint Augustin qui désigne la communauté chrétienne sous le nom de Corpus Christi. En effet, dans plusieurs passages (entre autres dans le Sermon 227), il parle du « *Corpus Christi toto orbe diffusum* ». Et ailleurs : « *Qui ergo est in ejus corporis unitate, id est Christianorum compage membrorum, cujus corporis sacramentum fideles communicantes de altari sumere consueverunt, ipse vere dicendus est manducare corpus Christi et bibere sanguinem Christi... (haeretici) non sunt in illo vinculo pacis, quod illo exprimitur sacramento... Non manent in Christo, qui non sunt membra ejus.* De civ. Dei XXI, 20 ». « *Fiant corpus Christi, si volunt vivere de spiritu Christi* Tract. XXVI, § 13 ». « *Hunc itaque cibum et potum societatem vult intelligi corporis et membrorum suorum.* Tract. XXVI, § 15 ». Citat. faites d'après Dorner, *Augustinus*, Berlin 1873, p. 264.

l'état de déchéance dans lequel la nature humaine a été plongée par le péché originel. Pour racheter l'illégitimité de son origine, cet État temporel doit consentir à être un membre inférieur du grand Corps Mystique dont le Christ est la tête ; il doit se subordonner à l'Église, qui le guidera vers des fins surnaturelles. C'est en ces termes que se pose la question des relations du *Sacerdotium* et de l'*Imperium*, qui doit remplir tout le Moyen Age.

II. — L'État Chrétien.

Mais quel est le but que l'Église assigne à l'État chrétien? Ce but, Saint Augustin, dans sa *Cité de Dieu*, nous l'indique, c'est le maintien de la paix et de la justice.

Sous le nom de *Pax*, Saint Augustin comprend l'état d'équilibre interne et externe que conserve chaque créature tant que, fidèle à sa condition originelle, elle reste à sa place dans l'économie générale du monde : elle participe ainsi au bien suprême qui est l'unité de l'être en Dieu. S'il y a rupture de cet équilibre, de cette harmonie qui est le souverain bien, c'est parce que la créature veut être quelque chose par elle-même, parce que son égoïsme l'éloigne de l'amour de Dieu et de l'abandon à la volonté divine. Elle succombe ainsi au péché capital de la *Superbia* ou de l'*Inobedientia*, qui a causé la chute des mauvais anges et du premier homme (1).

Les diverses significations de l'idée de la *Pax*, dans lesquelles on peut reconnaître l'influence d'Aristote et de l'École d'Alexandrie, sont résumées par Saint Augustin de la façon suivante :

(1) Bernheim, *loc. cit.*, p. 3.

« La paix du corps réside dans le juste tempérament de ses parties, et celle de l'âme sensible dans le calme régulier de ses appétits satisfaits. La paix de l'âme raisonnable, c'est en elle le parfait accord de la connaissance et de l'action; et celle du corps et de l'âme, c'est la vie bien ordonnée et la santé de l'animal. La paix entre l'homme mortel et Dieu est une obéissance réglée par la foi et soumise à la loi éternelle; celle des hommes entre eux une concorde raisonnable. La paix d'une maison, c'est une juste correspondance entre ceux qui y commandent et ceux qui y obéissent. La paix d'une cité, c'est la même correspondance entre ses membres. La paix de la cité céleste consiste dans une union très réglée et très parfaite pour jouir de Dieu, et du prochain en Dieu; et la paix de toutes choses, c'est un ordre tranquille. L'ordre est ce qui assigne aux choses différentes la place qui leur revient (1). »

Pour comprendre toute la portée de cette idée de la *Pax*, il faut se rappeler comment Saint Augustin conçoit les relations des deux royaumes, de la *Civitas Dei* et de la *Civitas Diaboli*. La vraie Paix ne peut naturellement appartenir qu'aux enfants de Dieu, qui se savent en communion complète avec Dieu. Au contraire, les

(1) Cité de Dieu, liv. 19, chap. XIII (trad. Saisset). Il est à peu près impossible de donner une traduction exacte de ces concepts moraux, dont l'importance a été si grande pour la philosophie du Moyen Age. Il faut les lire dans le texte latin : « *Pax corporis est ordinata temperatura partium, pax animae irrationalis : ordinata requies appetitionum, pax animae rationalis : ordinata cognitionis actionisque consensus, pax corporis et animae : ordinata vita et salus animantis, pax hominis mortalis et Dei : ordinata in fide sub aeterna lege obedientia, pax hominum : ordinata concordia, pax domus : ordinata imperandi atque obediendi concordia civium, pax cœlestis civitatis : ordinatissima et concordissima societas fruendi Deo et invicem a Deo, pax omnium rerum : tranquillitas ordinis; ordo est parium disparium que rerum sua cuique loca tribuens dispositio.* » Cité d'après Bernheim, *loc. cit.*, p. 4.

enfants du monde, qui mettent toute leur confiance en eux-mêmes, sont, par suite de leur manque d'équilibre, entraînés sous la domination des passions. Ils vivent dans un perpétuel désaccord avec eux-mêmes et avec les autres, et envient particulièrement la Paix dans laquelle vivent les membres de la cité céleste. En effet, la Paix est un bien si incomparable que même les personnes privées de Dieu s'efforcent d'y parvenir, au moins dans leur vie extérieure. Ce besoin s'exprime par la création de l'État. Cependant, l'État païen, tel que nous le montre l'histoire des grandes monarchies, est l'image de la *Civitas Diaboli*, fondée et maintenue par la violence, l'égoïsme et l'orgueil, remplie de discorde et destinée à périr à son tour par la violence. A l'Empire Romain seul le Seigneur a permis de s'étendre et de se perpétuer sans fin, pour servir à la diffusion de l'Église sur la terre. Ainsi les enfants de Dieu, qui jusque-là vivaient à l'état isolé, seront réunis dans la cité divine (1).

L'autorité temporelle, en vertu de laquelle un homme commande à ses semblables, est la conséquence du péché originel. Aussi ne doit-elle pas être recherchée (*perversus celsitudinis appetitor*), et ceux qui la détiennent doivent-ils en toute humilité se sentir les serviteurs de Dieu. Ils doivent avoir toujours présente l'idée de l'égalité originelle de tous les hommes, égalité qui a été détruite par le péché. Cette idée, exprimée à plusieurs reprises par Saint Augustin (2), a été développée par le Pape Grégoire-le-Grand dans le passage suivant où l'on croit lire une sorte de Déclaration des Droits de l'homme : « La nature a fait tous les hommes égaux, mais, par suite de l'inégalité des mérites humains, une force dispensa-

(1) Bernheim, *loc. cit.*, p. 5.

(2) *De civitate Dei*, liv. 19, chap. XIV-XVI.

trice cachée place les uns après les autres ; cette inégalité, qui provient des vices, est justement réglée par les décrets divins, de sorte que, tous les hommes ne suivant pas du même pas le chemin de la vie, les uns sont conduits par les autres ; cependant les hommes saints, quand ils sont au pouvoir, considèrent, non la puissance de leur rang, mais l'égalité de leur condition ; ils ne se réjouissent pas de commander aux hommes, mais de leur être utiles (1). » N'est-ce pas en vertu de ce principe que le Pape s'intitule « Serviteur des serviteurs de Dieu » ? Aussi les bons pasteurs ne voient-ils pas dans leur autorité l'instrument de leur orgueil : leur seul but est de guider vers la cité céleste les autres hommes dont ils ont la charge : « En effet ils exercent le pouvoir, non par désir de dominer, mais par devoir de servir, non par orgueil de faire les souverains, mais par une pitié prévoyante (2). » Ceux qui comprennent ainsi leur rôle sont réellement les souverains par la grâce de Dieu.

L'idée augustinienne de la Paix devait s'adapter d'une façon remarquable à la vieille idée germanique, suivant laquelle la mission du roi est surtout de maintenir la Paix et le Droit (3). Mais nous savons maintenant dans quel sens particulier il faut entendre le surnom de « Pacificus », quand les auteurs du Moyen Age le décer-

(1) *Moralia*, liv. 21, chap. XV. Voici le texte latin : « *Omnes homines natura aequales genuit, sed variante meritorum ordine alios aliis Dispensatio occulta postponit; ipsa autem diversitas, quae accessit ex vitio, recte est divinis judiciis ordinata, ut quia omnis homo iter vitae aeque non graditur, alter ab altero regatur; sancti autem viri, cum praesunt, non in se potestatem ordinis, sed aequalitatem conditionis attendunt, nec praeesse gaudent hominibus, sed prodesse.* » Cité d'après Bernheim, *loc. cit.*, p. 19.

(2) *De civitate Dei*, liv. 19, chap. XIV : « *Neque enim dominandi cupiditate imperant, sed officio consulendi, nec principandi superbia, sed providendi misericordia.* » Cité d'après Bernheim, *loc. cit.*, p. 6.

(3) Voir ci-dessous, page 260, note 310.

nent à un monarque (1). Puisque la Paix réside essentiellement dans la soumission à la volonté divine, on conçoit que pour l'obtenir il puisse être nécessaire de faire la guerre. La cause de celle-ci sera juste, car si les souverains doivent remplir leur tâche avec la douceur d'un père, ils doivent aussi savoir punir en cas de besoin. C'est ainsi qu'Otto de Freising célèbre Frédéric Barberousse comme l'asile de la Paix, et qu'il déclare que la Paix quitta l'Italie avec lui. Or, l'Empereur n'avait cessé de guerroyer en Italie pour y maintenir son autorité.

L'idée de la Paix a pour corollaire l'idée de la Justice. Saint Augustin donne de celle-ci la même définition que de l'ordre : elle est la vertu *quae sua cuique distribuit* (2). Elle est donc nécessaire pour que la Paix se maintienne dans les communautés humaines. Elle ne peut exister que dans un État chrétien, car elle exige la soumission aux commandements de Dieu, soumission qui doit être active de la part du souverain et passive de la part des sujets. Cette définition permet de comprendre le véritable sens du mot célèbre de Saint Augustin : « *Remota Justitia quid sunt regna nisi magna latrocinia* ! (3) »

Hâter l'avènement de la justice, tel fut l'idéal auquel se consacra le Pape Grégoire VII. Il déclare que la mission de l'Église est « *pro defendenda Justitia contra inimicos Dei pugnare* (4). » Dans son zèle à lutter pour le triomphe de la Justice, il reproche vivement au duc

(1) Waitz, *Verfassungsgeschichte*, 3², 244. 6. 114.

(2) *De civitate Dei*, liv. 19, chap XXI et XXVII.

(3) *De civitate Dei*, liv. 19, chap. XIV.

(4) Grégoire VII, dans ses lettres, répète sans cesse le mot de Justitia (*Justitia dictante, pro tuenda justitia, ad executionem justitiae*). Il se plaint de ce que les rois, infidèles à leur mission, préfèrent « *temporalia sua lucra justitiae*. » Cf. Bernheim, *loc. cit.*, p. 7.

de Bourgogne d'avoir abandonné son poste pour entrer dans le cloître. Il lui écrit : « *Ubi sunt, qui se sponte pro amore Dei opponant periculis, resistant impiis, et* pro justitia *et veritate non timeant mortem subire? Ecce, qui Deum videntur timere vel amare, de bello Christi fugiunt, salutem fratrum postponunt, et se ipsos tantum amantes quietem requirunt; fugiunt pastores, fugiunt et canes, gregum defensores, invadunt oves Christi nullo contradicente lupi, latrones* ! (1) » Quand on sait que par le mot de Justice il entendait la Loi divine, ne comprend-on pas mieux les dernières paroles du grand Pape : « J'ai toujours aimé la justice et haï l'iniquité (2), c'est pourquoi je meurs en exil. »

III. — Le Droit Germanique.

Cet idéal chrétien, qui devait agir si puissamment sur les conceptions politiques du Moyen Age, trouva dans les peuples germaniques le terrain qui lui convenait le mieux. Là en effet il ne rencontrait pas, comme chez les peuples romans ou grecs, une idée de l'État qui se fût formée en dehors de lui et dont il eût à combattre l'influence. Chez les Germains, l'absence de toute centralisation et de toute vie urbaine ne permit pas la constitution d'un véritable État avant la fin du Moyen Age (3). Le Droit germanique se forma donc plusieurs siècles avant l'État qui en fut l'expression, et dans cette longue période d'incubation il s'imprégna profondément de

(1) Jaffé, *Bibl. rer. Germ.* 2, 227,117,240. Cité d'après Bernheim, *loc cit.*, p. 11.

(2) *Dilexi justitiam et odio habui iniquitatem.*

(3) Gierke, *das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 32. On sait que d'après cette théorie, le développement de la vie urbaine, à la fin du Moyen Age, fut intimement lié aux progrès de l'esprit d'association et de l'idée de l'État en Allemagne (Voir ci-dessous page 34).

l'esprit du Christianisme. N'y a-t-il pas une singulière analogie dans la manière dont l'autorité est conçue par Saint Augustin et par l'ancien Droit germanique? (1). Et cette doctrine, qui considère tout détenteur de l'autorité comme un dépositaire responsable de la volonté divine, ne semble-t-elle pas se retrouver encore dans l'application de l'idée du *trust* à la royauté de droit divin, telle que nous la voyons en Angleterre? (2)

L'identification de la morale et du Droit est une des caractéristiques de l'esprit germanique. Il admet que le Droit émane directement, non de l'État, mais de la loi morale et de la volonté divine. De ce principe découlent d'importantes conséquences pratiques. A Rome en effet, où le Droit est l'émanation de la volonté populaire, c'est à celle-ci qu'il appartient de régler les litiges. Aussi le magistrat romain, qui représente le peuple et qui est investi de l'*imperium*, se trouve-t-il seul compétent pour trancher toute contestation. Les Romains reconnaissent que la *jurisdictio* est un acte de la puissance publique, et que l'Empereur crée le Droit. A cette manière de voir s'oppose celle des Germains. Ceux-ci considèrent le Droit comme l'expression de la volonté divine, volonté qui se manifeste dans la conscience morale de tout homme intègre et impartial. C'est le Droit ainsi révélé qu'il s'agit d'appliquer. Aussi tout accusé doit-il être jugé, non par le représentant de l'État, mais par ses pairs, idée qui a déterminé l'institution des tribunaux d'échevins. Le rôle de la puissance publique est simplement de leur déférer le jugement et d'en assurer l'exécution (3).

(1) Voir ci-dessous, page 159, et notes 123 et 136.

(2) Voir ci-dessous, page 49.

(3) C. A. Schmidt, *der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte*, t. I, pp. 150 et 157.

Le Droit germanique, toujours en vertu du même principe, ne garantit les droits des individus que dans la mesure où ils s'acquittent des obligations correspondantes. Il ignore donc la propriété absolue du Droit romain et le *jus abutendi* qui en est la conséquence. Il admet au contraire la notion d'une possession limitée et subordonnée à l'observation de certaines règles morales, notion qui se trouve à la base du régime féodal. Ce genre de possession diffère peu du droit d'administration qu'un tuteur peut exercer sur une chose dont il n'est pas propriétaire. Il est caractérisé par le concept germanique de la *Gewere*, dont le juriste français ne peut trouver un équivalent, d'ailleurs imparfait, qu'en se reportant à la *saisine* de notre ancien droit féodal (1).

Mais l'esprit français est maintenant si éloigné de la tradition médiévale, il est si habitué à établir une distinction nette entre le droit public et le droit privé, entre le droit réel et le droit personnel, qu'il lui faut un effort pour comprendre les institutions essentiellement germaniques, telles que la *Gewere*, le *Trust* (2), et la *Genossenschaft*. Au contraire les Allemands, et même les Anglais, dont le droit manifeste si profondément l'origine germanique, n'ont pas à se représenter d'une façon abstraite les concepts auxquels répondent ces institutions. Ce sont à leurs yeux des réalités encore vivantes, comme Macaulay le fait observer. Pour les Français, écrit-il, « l'abîme d'une grande révolution sépare complètement le nouveau système juridique de l'ancien. Rien de pareil ne tranche l'existence de la nation an-

(1) C. A. Schmidt, *loc. cit.* p. 226. Gierke, *das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. II p. 66. F. W. Maitland, *Collected Papers*, t. I, pp. 329-384, et 407-457.

(2) L'origine lombarde du Trust a été mise en évidence par Beseler. Voir ci-dessous page 43.

glaise en deux parties distinctes... Pour nous autres Anglais les précédents du Moyen Age sont encore valables et cités dans les plus graves circonstances par les hommes d'État les plus éminents... En Angleterre les intérêts essentiels des partis ont souvent été mis en jeu par les recherches des érudits. La conséquence inévitable fut que nos érudits conduisirent leurs recherches avec l'esprit d'hommes de parti (1) ». Ce contact permanent de la politique avec la tradition médiévale a pu nuire à l'érudition pure, qui se plaît dans les nécropoles, mais il permet à l'historien anglais d'observer directement beaucoup de concepts du Moyen Age qui se sont perpétués dans son pays. De plus, ce pays se trouve au confluent des deux fleuves qui charrient les idées germaniques et les idées romanes. De place en place y apparaissent les sédiments laissés par les invasions anglo-saxonnes, danoises ou normandes, mais entourés ou recouverts en partie par les apports de la culture latine et de la langue française, dont tant d'expressions juridiques se sont maintenues dans le droit anglais (2). L'historien qui entre ainsi dans l'intimité de l'esprit du Moyen Age et qui subit également l'influence du monde germanique et du monde roman n'est-il pas le mieux préparé à comparer les théories des Romanistes et des Germanistes, et à nous faire comprendre ce qu'il y a d'original dans chacune d'elles? C'est en effet la tâche que M. Maitland a entreprise, et pour faire de ces théories le résumé singulièrement suggestif et vivant qu'on lira plus loin, il fallait un esprit qui, comme le sien, eût le sentiment profond et en quelque sorte l'intuition des différentes conceptions juridiques qu'il devait comparer.

(1) Cité par F. W. Maitland, *Collected Papers*, t. I, p. 492.

(2) F. W. Maitland, *Collected Papers* ,t. II, p 437.

De M. Maitland tout le monde connaît, au moins de nom, la belle histoire du droit anglais qu'il a rédigée en collaboration avec M. Pollock. Mais à côté de cet ouvrage fondamental il a écrit, sous forme d'articles de revue ou de conférences, un grand nombre d'études dont après sa mort M. Fisher a publié un recueil (1). Dans ces études, qui abordent la plupart des questions essentielles du droit anglais et de la philosophie du droit, apparaît un ensemble de qualités si rares que, pour trouver une comparaison digne de leur auteur, on n'a pas craint d'évoquer la grande ombre de Niebuhr (2). S'il est vrai en effet qu'aucun esprit critique n'ait autant que M. Maitland contribué à débrouiller l'écheveau compliqué du droit anglais, il faut aussi rendre hommage à l'esprit du véritable historien qui, malgré l'évolution des formes et le perpétuel renouvellement des individus, sait nous faire reconnaître la permanence des groupes organisés. Mais comment définir ces sociétés, ces corporations de plus en plus étendues que l'histoire a pour objet d'étudier? Peut-on leur attribuer une volonté indépendante, ou faut-il au contraire leur appliquer la théorie de la fiction? A ce problème, qui résume tous les autres, M. Maitland veut donner une solution conforme au Réalisme métaphysique : « Il y a aujourd'hui, écrit-il, beaucoup de gens qui pensent que la personnalité de la corporation n'est nullement artificielle ou fictive, mais qu'elle est en tous points aussi réelle et aussi naturelle que la personnalité de l'homme. Cette opinion, qui fut d'abord caractéristique d'une cer-

(1) *The collected Papers of Frederic William Maitland, Downing Professor of the laws of England*, edited by H. A. L. Fisher. Cambridge, University Press, 1911 (3 vol.).

(2) *Journal of the Society of Comp.rative Legislation. New Series* Vol. VI, part. I. (1904), p. 1.

taine école de Germanistes, a maintenant été adoptée par quelques Romanistes instruits, et a également trouvé des champions en France et en Italie (1) ». Pour défendre cette thèse, lui aussi, invoquant la tradition des moralistes anglais (2), a, à maintes reprises, pénétré dans la région frontière « où l'Éthique côtoie la Jurisprudence. » On s'en apercevra sans doute dans l'Introduction dont il a fait procéder sa traduction anglaise des « Théories politiques du Moyen Age », de M. v. Gierke (3). Plusieurs auteurs (4) ont déjà fait remarquer l'importance de cette Introduction, qui éclaire d'un jour nouveau bien des points obscurs du Droit Anglais. Elle forme d'ailleurs le commentaire en quelque sorte classique du *deutsche Genossenschaftsrecht*. Il a donc paru utile de traduire ce texte anglais en même temps que le texte allemand de cet ouvrage (5).

JEAN DE PANGE.

(1) *Collected Papers*, t. III, p. 211. Plus loin, p. 306, dans une étude sur « la personnalité morale et la personnalité légale », il cite un passage de M. Dicey, dont la tendance, à cet égard, se rapproche de la sienne : « Toutes les fois que... des individus s'obligent ensemble à agir d'une certaine façon pour remplir un but commun, ils créent un corps qui, *non en vertu d'une fiction de la loi*, mais par la nature même des choses, diffère des individus qui le composent. » (Voir Dicey, *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'opinion publique au cours du* 19e *siècle*, trad. Alb. et Gast. Jèze, p. 143).

(2) *Collected Papers*, t. III, p. 204.

(3) Traduction publiée à Cambridge en 1900.

(4) Entre autres Barrault, *le droit d'association en Angleterre*, Paris 1908, pp. 183 à 186.

(5) Je tiens à exprimer mes remerciements à M. von Gierke et aux héritiers de M. Maitland, pour l'extrême obligeance avec laquelle ils ont autorisé cette double traduction, ainsi qu'à M. Thévenin, professeur à l'École des Hautes Études, pour les nombreuses indications qui ont été mises à profit dans ce travail. Quant aux index alphabétiques, ils avaient déjà été dressés par M. Maitland et ont été simplement reproduits. Les noms d'auteurs du Moyen Age sont généralement cités sous leur forme latine, d'après les éditions originales.

INTRODUCTION

PAR

FREDERIC WILLIAM MAITLAND

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE CAMBRIDGE

INTRODUCTION

Si le rapide exposé des théories politiques du Moyen Age qu'on va lire avait paru sous la forme d'un ouvrage à part, il n'aurait pas été nécessaire de le traduire. Les étudiants désireux de s'initier à la politique médiévale, soit au point de vue pratique, soit au point de vue théorique, auraient su qu'il existait un ouvrage qu'ils feraient bien de posséder, et, même parmi les personnes qui ne s'intéressent qu'aux temps modernes, beaucoup auraient entendu parler de ce livre et auraient trouvé profit à s'en servir. Les références données dans les notes auraient témoigné de la vaste et profonde érudition de l'auteur et auraient guidé les voyageurs dans une région où les poteaux indicateurs sont trop peu nombreux. Quant au texte, le dernier reproche qu'on eût pu lui faire eût été de manquer de hardiesse dans ses vues générales, à moins que ce n'eût été de manquer de but dans l'étude du Moyen Age. En effet, on y trouve à la fois l'ampleur de l'esquisse et la netteté du trait, et la philosophie du Moyen Age y apparaît comme une introduction à la pensée moderne. Les idées qui vont posséder et diviser l'humanité du seizième au dix-neuvième siècle — la Souveraineté, le Souverain Maître, le Peuple Souverain, la Représentation du Peuple, le Contrat Social, le Droit Naturel de l'homme, le Droit Divin des rois, la subordination du Droit Positif à l'État, et la subordination de l'État au Droit Naturel, — telles sont les idées dont il s'agit de découvrir l'origine historique : or elles paraissent être des manières de voir qui, sous l'influence

de l'antiquité classique, se sont nécessairement formées d'elles-mêmes au cours des discussions du Moyen Age. Si ces idées sont intéressantes, leurs auteurs ne le sont pas moins. Parmi les publicistes du Moyen Age que cite M. Gierke, on trouve, à côté des théologiens et des savants, de grands papes, de grands jurisconsultes, de grands réformateurs, des gens qui ajustaient à leurs projets concrets le vêtement des idées abstraites, des gens qui agissaient sur les faits aussi bien que sur les théories de leur époque.

D'ailleurs les Anglais devraient une reconnaissance spéciale à ce guide, dont la compétence est peut-être la plus forte précisément là où la leur est la plus faible, c'est-à-dire en ce qui concerne les ouvrages des légistes et des canonistes. Un Anglais cultivé peut lire et goûter les écrits de Dante ou de Marsiglio. Un érudit anglais peut affronter Thomas d'Aquin ou Occam ou même le rebutant Wyclif. Mais on ne lui a jamais appris à saisir Baldus et Bartolus, Innocent et Johannes Andreae, et leur esprit échappe au lecteur qui les aborde sans préparation. Cependant ce sont des personnages importants à connaître, car la Philosophie Politique, dans son enfance, ressemble assez à une jurisprudence idéalisée, et, même quand elle a grandi, elle emploie souvent, par nécesssité ou par agrément, des instruments — comme le contrat social — qui ont été affilés, sinon fabriqués, dans l'atelier des légistes. C'est dans cet atelier que M. Gierke se sent chez lui. Sans se départir d'une modestie parfaite, il a pu dire à un public d'Allemands instruits : « Il n'est pas probable que d'ici un certain temps quelqu'un suive exactement la même route que j'ai parcourue pendant de longues années de pénible labeur (1). »

Mais la traduction qu'on va lire ne comprend qu'une petite partie, la vingtième, d'un grand ouvrage encore

(1) *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. III, Avant-propos, p. VI.

inachevé. Cet ouvrage : *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, porte un titre dont il est difficile de trouver un équivalent anglais et qui ne peut guère lui attirer de lecteurs dans ce pays. Le troisième volume de cet ouvrage comprend une section intitulée : *Die publicistischen Lehren des Mittelalters*, qui a été l'objet de la présente traduction. Bien que cette section ait pu être détachée, avec l'autorisation de l'auteur, et qu'elle présente encore une grande valeur, il serait inexact de dire que l'amputation se soit faite sans dommage. Sans doute un organisme est un tout qui vit de sa vie propre, mais il participe aussi à la vie d'un organisme plus vaste et plus élevé dont il est un des membres. C'est là une idée que M. Gierke nous apprend à garder présente à l'esprit dans l'étude de la pensée politique du Moyen Age, et que nous pouvons appliquer à tous les bons livres comme le sien. Cette section a sa vie propre, mais elle participe aussi à la vie de tout l'ouvrage, et elle est un *membrum de membro*. Elle est une section d'un chapitre intitulé : « La doctrine du Moyen Age sur l'État et la Corporation », qui se trouve dans un volume intitulé : « La doctrine de l'Antiquité et du Moyen Age sur l'État et la Corporation et sa réception en Allemagne » ; et tout cela fait partie du *deutsche Genossenschaftsrecht*. La section que nous étudions est donc réellement un membre d'un système organique supérieur, et dans cette section il y a des phrases et des paragraphes dont la pleine signification ne sera accessible qu'aux esprits qui connaissent un peu le reste de l'ouvrage, ainsi que les discussions au milieu desquelles s'est développée une certaine *Genossenschaftstheorie*. Dans ces conditions, on peut trouver quelque utilité à l'intervention d'un traducteur qui a lu tout l'ouvrage, qui en a souvent relu un grand nombre de chapitres, et qui l'admire profondément. Dans une courte introduction, il peut être capable, même s'il ne marche pas d'un pas très sûr, de guider quelques-uns de ses compatriotes

vers un point de vue qui ouvre de vastes horizons sur l'histoire et les affaires humaines.

Staats-und Korporationslehre — la doctrine de l'État et de la Corporation. Ce titre peut être pour quelques personnes une pierre d'achoppement placée sur le seuil. Une théorie de l'État, dira-t-on, peut être très intéressante pour un petit nombre de philosophes et assez intéressante pour le public intelligent, mais une doctrine des Corporations, qui parle sans doute de la personnalité fictive et d'abstractions du même ordre, ne peut convenir qu'à quelques amateurs de la spéculation juridique, genre qui ne compte guère d'adeptes en Angleterre. Cependant la réflexion peut nous amener à considérer cette théorie, non comme une pierre d'achopppement, mais comme un marche-pied dont nos pensées auront souvent à se servir. Car, après tout, il semble bien qu'il y ait un genre dont l'État et la Corporation sont des espèces. Ils semblent être des groupes humains organisés d'une façon permanente; ces groupes semblent être des unités autonomes, auxquelles nous semblons attribuer des actes et des intentions, des mérites et des torts. Accordons que l'État forme un groupement unitaire (*group-unit*) tout à fait spécial; on peut néanmoins se demander si nous ne sommes pas les esclaves d'une théorie juridique et si nous ne sommes pas sensiblement en retard sur l'époque de Darwin quand nous prétendons qu'un abîme insondable sépare l'État de tous les autres groupes, sans rechercher si cette théorie est justifiée par nos connaissances sur l'origine des espèces. Il est certain que nous ferons fausse route dans l'histoire du Moyen Age, surtout en ce qui concerne l'Italie et l'Allemagne, si nous n'admettons pas que des communautés peuvent assez aisément et assez insensiblement acquérir ou perdre le caractère d'États, ou plutôt si nous ne savons et ne sentons que notre moderne « concept de l'État », comme

dirait un Allemand, ne doit pas être imposé à des objets qui s'y refusent.

Cet avertissement conviendrait surtout aux Anglais, et pas seulement pour le Moyen Age. L'avantage d'être une petite île a permis de bonne heure à l'Angleterre de présenter comme une différence d'espèce ce qui ailleurs n'était qu'une différence de degré, c'est-à-dire, pour employer les termes du Moyen Age, la différence entre une communauté ou corporation (*universitas*) « qui reconnaît un supérieur » et celle qui n'en reconnaît pas. Il était peu probable que l'Angleterre dont le duc de Normandie avait fait la conquête et le cadastre deviendrait, soit un *Staatenbund*, soit un *Bundesstaat*, et les habitants de Londres ne persévérèrent pas dans leur désir de n'avoir « que leur maire pour roi ». Cette situation, si elle épargna aux Anglais des dépenses de sang et d'argent — qui appauvrissent, — leur épargna aussi des dépenses de pensées — qui enrichissent —, et facilita malheureusement une certaine pauvreté sinon une absence d'idées. L'État que connaissaient les Anglais était singulièrement unicellulaire, et dans un moment critique leur expérience et leur tradition ne leur fournirent guère d'idées adaptées au cas de l'Irlande ou de quelques communautés, *commonwealths* et corporations américaines, qui paraissaient avoir des volontés à elles — auxquelles on pouvait difficilement appliquer la théorie de la fiction — et qui devinrent des États et des États-Unis (1). L'Empire du Moyen Age ressentit les inconvénients d'une théorie ridiculement simplifiée, dès que les légistes enseignèrent que le

(1) Voir à ce sujet les remarques de Sir C. Ilbert, *The Government of India*, p. 55 : « On manquait à la fois de la théorie et de l'expérience qui sont nécessaires pour adapter les institutions anglaises à des circonstances nouvelles et à des pays étrangers. C'est cette inexpérience qui condamna l'Angleterre à perdre ses colonies de l'hémisphère occidental. C'est elle encore qui causa des erreurs par suite desquelles l'Empire que l'Angleterre construisait en Orient fut mis en danger ». Bien des maux eussent été évités si l'on avait eu pour l'Irlande une théorie intermédiaire entre la dépendance absolue et l'indépendance absolue.

Kaiser était le Prince du code de Justinien. L'Angleterre moderne nous présente un État multicellulaire — auquel on a souvent et peut-être sans inconvénient donné le nom d'Empire — et qui peut prospérer sans avoir une théorie; mais cet État montre peu d'affinité, et même (si l'on traite à fond la question de la souveraineté), il montre une répugnance presque insurmontable pour la théorie insulaire, qui reproduit en toute simplicité l'idée romaine de l'Empire et au nom de laquelle on refuse de reconnaître le caractère essentiel de l'État à chacun de ces *self-governing colonies*, de ces communautés et de ces *commonwealths* dont l'amalgame forme un vaste État souverain. Les aventures d'une société anonyme anglaise à laquelle échut l'empire des Indes, les aventures d'une autre compagnie anglaise qui peu de temps après la concession de sa charte reçut le *commonwealth* puritain de Massachussett's Bay, suffiraient à prouver qu'en Angleterre aussi la *Staatslehre* aurait montré quelque tendance à devenir une *Korporationslehre*, si, au lieu d'analyser les spéculations des juristes, elle avait sérieusement saisi les faits de l'histoire anglaise.

Cette tendance peut d'ailleurs être clairement aperçue dans divers domaines. Le droit positif et l'orthodoxie légale nous obligent à reconnaître que le roi d'Angleterre est une *corporation sole* (1), mais, si nous avons quelque curiosité, nous devons nous demander pourquoi, depuis le seizième siècle, on a abandonné la vieille idée que le roi est le chef d'une « corporation collective » (*a corporation aggregate of many*) (2) pour adopter une théorie

(1) Dans la *corporation sole* du droit anglais, il suffit d'un individu, par cela seul qu'il représente une fonction et une institution permanente, pour qu'il soit, comme tel, une personne juridique. Cette corporation individuelle s'oppose à la corporation collective (*corporation aggregate*). (Note du Traducteur.)

(2) Cette ancienne manière de voir se trouve encore dans les Commentaires de Plowden (juriste anglais du 16e siècle), p. 234. (Dans le même recueil est exprimée, d'une manière intéressante, la distinction de la

qui le classe sous une fâcheuse rubrique, à côté du pasteur de paroisse tel que celui-ci est défini depuis la décadence du droit ecclésiastique (1). Quelque profondément convaincus que soient nos légistes que l'individu humain est la seule personne « réelle » et « naturelle », ils sont bien obligés de trouver une expression qui assimile l'État à une Personne humaine. Ainsi, nous lisons dans un excellent ouvrage de jurisprudence (2) : « la personne artificielle la plus considérable, au point de vue politique, est l'État ». Si nous nous élevons davantage, nous rencontrons une sociologie qui rivalise avec les sciences naturelles dans ses considérations sur les organes, les organismes et les tissus sociaux, et qui ne peut établir de délimitation exacte entre l'histoire naturelle du groupe de l'État et celle des autres groupes. Enfin nous atteignons les sommets de la philosophie et nous voyons comment une doctrine, qui fait certains progrès en Angleterre, attribue à l'État, ou, d'une façon moins précise, à la Communauté, non seulement une volonté réelle, mais bien « la » volonté réelle par essence. Nécessairement se pose donc à nous la question de savoir si cette volonté particulière qu'on reconnaît à l'État peut être déniée à d'autres groupes organisés, par exemple au groupe considérable de l'Église catholique. Peut-être, encore de nos jours, un Jésuite pense-t-il que la volonté de la Compagnie à laquelle il appartient n'est pas moins réelle que la volonté de n'importe quel État; or, si le philosophe

double personnalité du roi : « *The King has two capacities, for he has two bodies, the one whereof is a body natural... the other is a body politic, and the members thereof are his subjects, and he and his subjects together compose the corporation, as Southcote said, and he is incorporated with them and they with him, and he is the head and they are the members, and he has the sole government of them.* » Cité par F. W. Maitland, *Collected papers*, III, 250.)

(1) Depuis Coke, les juristes anglais admettent que le pasteur, lui aussi, constitue une *corporation sole* (Maitland, *loc. cit.*, III, 245).

(2) Pollock : *First Book of Jurisprudence*, p. 113.

reconnaît que la volonté de cette Compagnie est réelle, n'est-il pas obligé d'admettre que toute Société, même celle qui, dépendant d'une seule personne, est appelée *the one-man-company*, a une volonté réellement distincte des volontés de cette personne et des six modestes comparses qu'elle s'est associés (1). Si nous poursuivons cette idée, non seulement notre philosophie de la *Staatslehre* s'élargira pour former une plus vaste doctrine, mais encore nous nous trouverons très avancés dans la *Genossenschaftstheorie.* Quoi qu'il en soit, la vieille habitude des jurisconsultes de placer sur le même rang les hommes et les « corps politiques », comme représentant deux espèces de Personnes, mérite toute l'attention du philosophe moderne, car, bien que ce soit une habitude ancienne, elle a pris dans ces dernières années beaucoup plus d'importance qu'elle n'en avait jamais eu. Dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle, des groupes corporatifs des genres les plus variés se sont multipliés dans le monde entier à un taux d'accroissement qui dépasse de beaucoup celui des « personnes naturelles », et une grande partie de notre législation la plus récente concerne les corporations (2). Il semble qu'il y aurait là un sujet qui mériterait une discussion philosophique : est-ce à quelque profonde vérité qu'il faut attribuer la perpétuelle renaissance de ces phénomènes, ou bien, s'ils sont simplement le produit d'une tendance de l'humanité à la fiction, leur caractère de régularité en est-il moins surprenant ? — Quoi qu'il en soit, nous ne respirons pas facilement dans cette atmosphère raréfiée ; nous allons donc, pendant quelque temps, suivre une route moins élevée.

(1) En Angleterre la loi exige un minimum de sept sociétaires. (Note du Traducteur.)

(2) En 1857, un juge américain alla jusqu'à dire : « Il est probablement exact que la législature de l'Illinois, dans sa dernière session, a créé plus de corporations qu'il n'en existait dans tout le monde civilisé au commencement de ce siècle ». (Dillon : *Municipal Corporations*, § 37 *a*.)

I. — Romanistes et Germanistes

La Réception du Droit Romain. — Dans l'ouvrage de M. Gierke « la Réception » joue un grand rôle. Quand nous parlons de la Renaissance et de la Réforme nous n'avons pas besoin de nommer leur objet, et, de même, quand un historien allemand parle de la Réception il veut parler de la Réception du Droit Romain. La Renaissance, la Réforme et la Réception nous seront très souvent présentées comme trois mouvements intimement liés et d'une importance à peu près égale qui séparent l'histoire moderne de l'histoire du Moyen Age. L'Allemagne moderne a atteint une telle prééminence dans l'étude du Droit Romain, qu'un Anglais peut être excusable d'oublier que le Droit Romain était beaucoup moins connu dans l'Allemagne du moyen âge qu'il ne l'était dans l'Angleterre du treizième siècle. Il est vrai qu'en Allemagne, grâce à la théorie de la continuité de l'Empire, on pouvait soutenir que le droit codifié par Justinien était ou aurait dû être le droit de ce pays ; il est encore vrai que le *Corpus Juris* fournissait des armes commodes aux Empereurs dans leur lutte contre les Papes ; mais ces armes étaient façonnées et maniées surtout par des mains italiennes, et en Allemagne le droit pratique était aussi allemand qu'il pouvait l'être. Ainsi, — condition dangereuse pour la durée de cet état de choses — ce droit allemand, qui vivait par la pratique, mais sans être étudié ni enseigné, était bien loin d'être un *Juristenrecht*. Les Anglais sont portés à s'imaginer que le droit allemand doit nécessairement sentir l'école, la salle de conférences et le professeur ; mais, tout au contraire, c'est précisément parce que ce droit ne sentait guère que le plein air, la tradition orale et des juges indemnes de toute formation universitaire qu'il se perdit en Allemagne, et que des professeurs modernes eurent à le découvrir de

nouveau. Il n'est pas besoin de montrer comment la géographie et l'histoire déterminèrent une évolution différente en Angleterre, où nous assistons de très bonne heure à la concentration de la justice et au rapide développement de la profession des hommes de loi. Peu à peu apparaissent les *Year Books* (1), les *Inns of Court* (2), les cours de droit anglais, les exercices de scolastique et ce *call to the bar of the Inn* (3) qui en fait représente l'acquisition d'un grade universitaire. Ainsi, longtemps avant que l'Allemagne eût des universités, et bien avant la Renaissance, le Droit Romain était déjà enseigné à Oxford et à Cambridge. On lui avait assigné une certaine place, modeste, il est vrai, dans le plan de la vie anglaise. On exigeait qu'il fût connu dans une certaine mesure par les candidats qui se préparaient aux fonctions lucratives qu'ouvrait l'étude du Droit Canon. On exerçait également dans l'étude du Droit Romain quelques étudiants en droit civil qui se préparaient à ce que nous appellerions le service diplomatique du royaume. Mais dès le quatorzième siècle Wyclif, l'homme d'école, insistait pour que l'enseignement du droit, s'il était donné dans les universités anglaises, fût réservé au droit anglais. Dans des termes qui paraissaient prophétiser le « Germanisme » moderne, il protestait contre l'idée que la jurisprudence du droit romain fût plus juste, plus raisonnable et plus subtile que celle du droit anglais (4).

C'est ainsi que plus tard, au temps des périls, lorsque la Science nouvelle était dans l'air et que l'État moderne apparaissait sous la forme de la Monarchie des Tudor, le droit anglais était depuis longtemps un droit étudié et

(1) Recueils annuels de jurisprudence.

(2) Collèges d'avocats.

(3) Admission au rang d'avocat.

(4) Wyclif, *De officio Regis* (*ed. Pollard and Sayle*, 1887), p. 193 : « *Sed non credo quod plus viget in Romana civilitate subtilitas racionis sive iusticia quam in civilitate Anglicana.* »

enseigné par des juristes, un véritable *Juristenrecht*. Néanmoins un apôtre éclairé de la Science nouvelle le jugeait honteusement barbare : Reginald Pole — dont l'avis fut transmis à son royal cousin, — voulait le balayer. Il désirait que l'Angleterre « reçut » le droit civil des Romains, qui semblait dicté par la nature elle-même et qui était reçu dans tous les pays bien gouvernés (1). Nous n'avons pas à décrire le danger qui menaçait le droit anglais à l'époque où le futur Cardinal-Archevêque exprimait cet avis. En jetant un regard du côté de l'Écosse, nous verrions que ce danger était assez sérieux et qu'il l'eût été encore bien davantage, si les Écoles de droit n'avaient continué à exister et à élever un *indoctissimum genus doctissimorum hominum*. Puis, à la fin du seizième siècle commença la merveilleuse renaissance des études médiévales qui atteint son apogée dans les œuvres et les actes d'Edward Coke. C'est par son côté politique que ce mouvement est le mieux connu. L'étude de l'histoire paraît alors, pendant quelque temps, assurer le maintien et le renouvellement des libertés nationales, et les *leaders* de la Chambre des Communes sont de plus en plus versés dans des annales qui étaient oubliées depuis longtemps. Il faut cependant remarquer que l'Angleterre elle-même reçut un certain nombre de théories étrangères, et l'exemple de beaucoup le plus remarquable en est la réception de cette Théorie italienne des Corporations dont M. Gierke a écrit l'histoire et qui repose sur l'expression *persona ficta*. Cette théorie, sortant des tribunaux ecclésiastiques, où l'on avait souvent à s'occuper des corporations religieuses, se glissa peu à peu dans les tribunaux laïques, qui, bien qu'ils eussent depuis longtemps affaire à des groupes anglais, n'avaient pas

(1) *Starkey's England* (*Early Eng. Text. Soc.* 1878), 192-195. Reginald Pole, qui, par sa mère Marguerite d'Angleterre, était cousin de Henri VII, n'entra dans les ordres qu'après l'avènement de Marie Tudor et devint archevêque de Cantorbéry. (Note du traducteur.)

de théorie indigène à opposer à ce subtil et élégant envahisseur. Cet exemple peut nous aider à comprendre ce qui s'est passé en Allemagne, où le droit indigène, n'ayant pas atteint le stade de son développement où il eût formé une doctrine, était encore un droit populaire, plutôt qu'un droit de juristes, et était dispersé en d'innombrables coutumes locales.

La doctrine italienne se répandit comme un déluge sur l'Allemagne. Les savants docteurs des nouvelles universités que les Princes appelaient dans leurs conseils pouvaient tout interpréter dans un esprit romain ou soi-disant tel. Ces Princes consolidaient leurs pouvoirs dans une *Landeshoheit*; ce terme, intraduisible pour des Anglais, implique quelque chose de moins que la souveraineté moderne, puisque l'Empire le dominait, mais quelque chose de plus que la seigneurie féodale, puisqu'il était étayé par les idées classiques sur « l'État ». Fait remarquable, l'Empereur, sauf dans ses possessions héréditaires, ne profita guère du dogme de la continuation de l'ancien Empire dans l'Empire du Moyen Age, qui servit de prétexte à la réception du Droit Romain. La désagrégation était si avancée que ce ne fut pas l'Empereur, mais le prince territorial (*Fürst*) qui fut considéré comme « le Prince » des théories politiques et le *Princeps* du *Corpus Juris*. A ce prince les docteurs pouvaient enseigner beaucoup de choses qui lui étaient avantageuses. Le mouvement, commencé à la fin du quinzième siècle, s'accomplit au cours du seizième. Il eut la soudaineté d'une révolution si on le compare à la longue et silencieuse évolution à la suite de laquelle le droit coutumier du Nord de la France se trouva en partie romanisé. Aucun législateur n'avait dit que le Droit romain était reçu en Allemagne ou qu'il dût l'être; le travail de la réception ne fut pas accompli par des faiseurs de lois mais par des hommes de loi, et pendant longtemps on put discuter sur la place exacte qui revenait au *Corpus*

Juris parmi les diverses sources du droit actuel et du droit potentiel. Mais le fait considérable qui subsiste, c'est que l'Allemagne s'était soumise au joug de Rome.

Ce qu'elle reçut était, en théorie, le droit codifié par Justinien; mais, en pratique c'était le système que les commentateurs italiens avaient longuement élaboré. M. Gierke fait souvent remarquer que cette différence est importante. En Italie les glossateurs, qui s'efforçaient sincèrement de découvrir le sens des textes classiques, avaient été remplacés par les commentateurs dont le travail était plus ou moins réglé par le désir d'obtenir des résultats acceptables au point de vue pratique, et qui par suite étaient disposés à adapter le Droit Romain à la vie du Moyen Age. M. Gierke déclare que, surtout dans leur doctrine des Corporations ou des Communautés, on trouve bien des choses qui ne sont pas du Droit Romain et qui peuvent être attribuées au Droit Germanique. La Réception en fut facilitée, le Droit Romain étant allé à mi-chemin au devant des faits dont il devait prendre la direction. Plus tard l'influence de ce que nous pourrions appeler l'école « naturelle » des juristes aplanit encore les contrastes qui subsistaient entre le Droit Romain et les habitudes germaniques. En effet, aux yeux d'un jurisconsulte anglais, les systèmes qui reposent sur le Droit naturel peuvent paraître d'origine romaine, mais le romaniste moderne avouera, non sans regret, qu'à l'époque où ces systèmes firent leur apparition le génie concret de l'ancienne Rome se dissipait en théories formulées par la Raison abstraite. D'autre part, certains germanistes modernes nous apprendront que le Droit Naturel servit souvent de déguisement protecteur à des idées germaniques qu'on avait bien pu réprimer, mais non déraciner.

Savigny, l'Ecole Historique et les Germanistes. — Un nouveau chapitre commença avec la décadence des théo-

ries du Droit Naturel et l'avènement de « l'école historique ». L'enseignement de Savigny avait une portée pratique aussi bien que théorique. Habituellement, et à juste titre, nous pensons à lui comme au champion de l'évolution, à l'homme qui remplace la fabrication artificielle par le développement de la vie, le mécanisme par l'organisme, le Droit Naturel par les droits naturels, à l'homme enfin qui est bouleversé par la crainte qu'un code n'entrave les progrès du Droit dans sa marche merveilleusement réglée. Mais il était aussi le grand romaniste, le grand dogmatiste, qui savait restituer aux textes classiques leur véritable et sans doute leur première signification. Il semblait dire qu'il ne fallait pas considérer comme un jeu de paraître Romain. Si le Droit commun de l'Allemagne était le Droit Romain, ce devait être celui du Digeste, non celui des commentateurs, des glossateurs ou, des amateurs de spéculations « naturelles ». Il paraît que ce précepte porta ses fruits dans la pratique des tribunaux allemands. Ceux-ci commencèrent à prendre le *Corpus Juris* très au sérieux et à retirer les concessions déjà faites, concessions qui, suivant les uns, devaient favoriser la vie nationale et les tendances modernes, tandis que, suivant les autres, elles ne favorisaient que la négligence et le désordre.

Mais cette fameuse école historique ne fut pas seulement une école de romanistes doués du sens historique. Elle fut aussi le berceau du Germanisme. Savigny était secondé par Grimm et par Eichhorn. Il fallait recueillir et éditer avec autant de science que d'amour le moindre fragment de l'ancien droit germanique. Il fallait retracer l'origine et les vicissitudes de tout ce qui était germanique. Ce long effort — un des plus grands efforts du dix-neuvième siècle — ne puisait sa force ni dans le pédantisme des antiquaires ni dans une curiosité absolument désintéressée. Il n'y eut pas là seulement de la science, il y eut aussi un sentiment passionné. Il faut maintenant

nous rappeler, bien qu'à notre époque ce soit assez difficile, ce que l'Allemagne, accablée par le don néfaste de l'Empire, était devenue dans les six siècles de son agonie. La dernière ombre d'unité politique s'était évanouie, et il ne restait qu'une « expression géographique » un simple nom collectif pour désigner plusieurs États alliés. Beaucoup d'entre eux étaient plutôt des domaines que des états; la plupart d'entre eux étaient trop petits pour avoir des existences vigoureuses; tous étaient trop petits pour être la Patrie. Dans la reconstruction de l'Allemagne il entra encore bien d'autres éléments que du sang, du fer et des poèmes. L'idée d'un Droit commun ne voulait pas disparaître. Il pouvait ne pas y avoir de législature commune, mais il y avait un Droit commun, et on se prenait à espérer qu'un jour le Droit allemand pourrait être purifié de tout alliage étranger. Alors, en regardant en arrière, on commença à considérer la Réception comme une honte et un désastre, et à voir en elle la cause déterminante de l'émiettement de la nation. Le peuple qui défia la tyrannie des papes vivants était tombé sous la tyrannie des empereurs morts, réincarnés, d'une façon indigne d'eux-mêmes, dans de petits principicules. Le pays qui vit Luther brûler un *Corpus Juris* des « Welches » en avait humblement accepté un autre. Ce n'était pas sans un sentiment de honte que les Allemands, conscients de leur supériorité en matière de jurisprudence, constataient, non seulement en Angleterre. mais encore dans la France du Code Napoléon, la survivance de principes dont ils pouvaient, en soupirant, reconnaître l'origine germanique. N'était-ce pas « une fille de la Loi Salique », ou une petite-fille, qui régnait sur toute l'Amérique? Et dès lors, comme on pouvait s'y attendre, tous les partis cherchèrent à tirer profit de ces aspirations patriotiques. D'une part, les socialistes dénoncèrent l'âpre individualisme et l'égoïsme érigé en dogme que représentait le Droit Romain, issu

d'un pays esclavagiste, tandis que, d'autre part, les champions du Catholicisme mirent le Droit Christiano-Germain de la grande époque de l'Allemagne en contraste avec le Droit Pagano-Romain dont l'esprit impie avait favorisé l'œuvre de désagrégation du Protestantisme.

Les plus modérés, cependant, déclaraient que si l'on cultivait avec soin cet ancien droit germanique, tout ravagé et atrophié qu'il fût, on pourrait encore recueillir sur lui le fruit de l'assainissement de la doctrine et de la réforme de la jurisprudence pratique. Les grands hommes qui soutenaient ces idées n'étaient ni des rêveurs ni des puristes. Jacob Grimm dit un jour que d'extirper les idées romanes du droit germanique serait aussi impossible que de proscrire les mots romans de la langue anglaise. On reconnaissait d'ailleurs, on admirait et l'on s'efforçait d'égaler les mérites techniques du Droit Romain. Les Germanisants ne se bornaient pas à écrire l'histoire du Droit Germanique; ils élaboraient aussi des systèmes et fondaient des « Instituts ». Ils insistaient pour que leur science, au point de vue de la doctrine, fût mise au même rang que la science des Romanistes. Eux aussi avaient leurs théories de la possession et des corporations; et ils pouvaient parfois se vanter de ce que leurs conclusions avaient été adoptées, bon gré mal gré, par les tribunaux, bien que malheureusement ce résultat pût être l'effet d'une interprétation peu sincère des textes d'Ulpian et des autres auteurs anciens.

Le Code civil allemand. — On vit des jours plus heureux. L'Allemagne devait avoir un Code civil, ou, puisque le titre au moins devait être allemand, un *Bürgerliches Geselzbuch.* Jamais le droit d'une nation n'a été fixé avec plus de travail et de soin, et cette œuvre a été soumise bien des années à de vives discussions. Les Germanistes les plus ardents ne sont pas satisfaits, mais ils ont déjà obtenu quelque chose et pourront obtenir davantage

au fur et à mesure du travail d'interprétation. Mais ce qui nous intéresse, c'est que l'apparition des doctrines « germaniques » donna lieu à un nouveau genre de controverses qui s'attaquaient aux principes eux-mêmes. Il devint de plus en plus évident qu'avec le Droit Germanique on n'avait pas seulement affaire à une nouvelle catégorie de préceptes juridiques, mais encore à une nouvelle catégorie d'idées. Entre les Romanistes et les Germanistes, puis au sein de chaque école elle-même, le débat s'orienta sur ce que nous pourrions appeler une morphologie idéale. Les formes de la pensée juridique, les « concepts » avec lesquels « opère » le jurisconsulte, durent être décrits, délimités, comparés. On montra parfois dans ce travail une délicatesse de touche et une subtilité de perception historique dont les Anglais, qui ne sont pas obligés à ces minutieuses comparaisons, ne peuvent guère avoir l'expérience, surtout si c'est aux exploits très « naturels » d'Austin qu'ils doivent leur notion de la jurisprudence analytique. Cependant ces Anglais devraient prendre un intérêt particulier aux procédés que les Germanistes emploient pour reconstruire, avec les grossiers matériaux de l'ancien droit Germanique, une idée qui en Angleterre n'a pas besoin d'être reconstruite puisqu'elle s'y trouve dans toutes les têtes, mais qui prend à nos yeux une valeur toute nouvelle après que que nous l'avons vu laborieusement former et mettre à l'épreuve.

II. — Théories des Germanistes sur la corporation

L'Universitas et la Genossenschaft. — Au moment où le Germanisme commençait à se développer, Georg Beseler, qui en était considéré comme un des maîtres, attaqua une théorie de la Corporation qui se présentait comme la théorie orthodoxe du Droit Romain et qui venait d'être

rigoureusement définie par Savigny (1). « Jamais, disait « Beseler, vous ne pourrez faire entrer nos *Genossens-* « *chaften* germaniques dans le système romain : nous « autres Germains avons eu et avons encore des façons « de penser différentes des vôtres. » Depuis cette époque, la Corporation Romaine (*Universitas*) est restée un sujet d'études. Des Romanistes de grande réputation ont abandonné la voie dans laquelle Savigny s'était engagé; Ihering a pris une route, Brinz en a pris une autre, et maintenant, s'il est peut-être exagéré de dire qu'il y a autant de doctrines que de maîtres différents, il semble cependant qu'aucun système ne soit en droit de prétendre à l'orthodoxie. Un fait important à se rappeler, c'est que les Romanistes n'ont que de maigres matériaux à leur disposition. Il n'y a dans le Digeste qu'un très petit nombre de textes dont, même en forçant les termes, on puisse dire qu'ils expriment une théorie des Corporations, et, quand les théories sont sous-entendues, leurs différents interprètes ont beau jeu à soutenir des opinions différentes, surtout s'ils sont plus ou moins intéressés à en tirer un résultat qui puisse être accepté par l'Allemagne contemporaine. Il faut avouer que dans aucun texte l'*universitas* n'est expressément appelée une *persona* et encore moins une *persona ficta* (2).

La Théorie de la Fiction. — D'après M. Gierke, le premier homme qui employa cette expression devenue plus tard fameuse fut Sinibald Fieschi, qui en 1243 devint le

(1) Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843, pp. 158-191.

(2) Il ne paraît pas prouvé que les juristes romains aient dépassé le « *personae vice fungitur* » du Digeste, 46, 1, 22. Toute édition moderne des Pandectes mettra le lecteur au courant du débat, et lui donnera de nombreuses références. Il suffira de nommer ici Ihering, Brinz, Windscheid, Pernice, Dernburg et Regelsberger comme les principaux auteurs d'explications de la théorie du Droit Romain. Parmi les dissertations récentes on peut citer : Kniep, *Societas Publicanorum*, 1896, et Kuhlenbeck : *Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch* (1898), I, 169 et suiv.

Pape Innocent IV (1). Plus d'une génération de chercheurs avait passé, et toute l'école des glossateurs allait disparaître, avant que ces hommes, qui vivaient dans un milieu d'idées germaniques, eûssent pu tirer une théorie des textes du Droit Romain. Cette théorie ne fut découverte que par les recherches des Canonistes, aux yeux desquels le type de la corporation était représenté, non pas par une ville, un village ou une guilde du Moyen Age, mais par une église collégiale ou cathédrale. Dans l'opinion de M. Gierke, Innocent, le père de la « Théorie de la Fiction », apparaît vraiment comme un grand jurisconsulte. Il avait la réelle compréhension des textes; et, en effet, ceux-ci ne pouvaient être bien compris que par le chef d'une monarchie absolue, comme celle que l'Église catholique tendait déjà à devenir. Il trouva l'expression, la façon de penser, que d'autres avaient vainement cherchée. La Corporation est une personne; mais elle est une personne par fiction et rien que par fiction. Depuis lors cette doctrine fut professée aussi bien par les légistes que par les Canonistes, mais, affirme M. Gierke, elle n'effaça jamais certaines façons de penser germaniques qui lui étaient contradictoires et qui trouvèrent leur expression dans des conclusions pratiques. Sur la question de la responsabilité, qui fournit une bonne pierre de touche pour les théories, nous voyons Innocent IV, très persuadé du caractère absolument fictif de la personnalité des corporations, et s'appuyant d'ailleurs sur le Digeste (2), déclarer que la corporation ne peut commettre ni péché, ni délit. Comme pape il pouvait régler la question du péché, et pouvait en tout cas interdire l'excommunication d'une *universitas* (3), mais comme jurisconsulte il ne pouvait pas convaincre ses collègues

(1) Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, 279.

(2) *Dig.* 4, 3, 15, § 1.

(3) Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, 280.

que les corporations ne devaient jamais être accusées d'un crime ou même d'un tort.

La Théorie de la Tutelle. — Sur ce point, Savigny semble chargé de faire rentrer les tribunaux et les jurisconsultes, qui marchent à l'aventure, dans la voie droite mais étroite du Droit Romain. Rappelons quelques-uns des traits principaux de sa fameuse doctrine.

Comme « sujets » (1) des droits de propriété, la loi reconnaît non seulement les hommes ou « personnes naturelles », mais encore certaines personnes fictives juridiques ou artificielles, parmi lesquelles la Corporation. Cette personne idéale doit être soigneusement distinguée des personnes naturelles qui sont appelées ses membres. Elle est capable d'exercer le droit de propriété ; mais elle est incapable de connaître, d'avoir une intention, de vouloir et d'agir. Ses relations avec ses membres ne peuvent être mieux comparées qu'aux relations qui existent entre un pupille et son tuteur, ou entre un aliéné et le conseil de gestion de sa fortune (*committee of his estate*). Par l'entremise de ses curateurs elle peut acquérir des droits de propriété, et, si elle bénéficie des avantages des contrats, elle doit aussi en assumer les charges. Il est difficile de lui reconnaître la simple possession, car celle-ci est un état de fait ; cependant, après quelques hésitations, les jurisconsultes romains firent cette concession. Une corporation peut être l'objet d'une action judiciaire motivée par un bénéfice illicite ; mais elle ne doit pas être accusée de délit. Il est aussi absurde qu'injuste d'essayer de la punir,

(1) Les Allemands distinguent le Sujet et l'Objet d'un droit. Si Titulus possède un cheval, Titulus est le Sujet du droit et le cheval en est l'Objet. Si nous attribuons à la Couronne la propriété du cheval, nous faisons de la Couronne un Sujet et nous pouvons parler de la Subjectivité de la Couronne. Et de même dans la théorie politique, si nous attribuons la Souveraineté à la Couronne, ou au Parlement, ou au Peuple, nous faisons de la Couronne, du Parlement ou du Peuple le Sujet de la Souveraineté. Cet usage assez commode devra être présent à l'esprit du lecteur dans les pages suivantes.

mais par la voie administrative l'État peut dissoudre un groupement nuisible. La personnalité d'une corporation, n'étant qu'une fiction légale, doit avoir son origine dans un acte du pouvoir, dans une déclaration de la volonté de l'État. Enfin, une corporation peut continuer à exister même quand elle n'a plus un seul membre.

Depuis plus de trois siècles, quelques-unes des expressions empruntées au Droit Canon ont été répétées par les Anglais, mais ceux-ci, dirait M. Gierke, ne les ont jamais prises très à cœur. Sans doute ne remarquent-ils donc pas certains points de la théorie de Savigny; or, précisément, ces points paraissent importants aux yeux des gens qui, malgré les avantages pratiques de l'illogisme, refusent d'y reconnaître une qualité de l'esprit. En particulier, du moment où les Anglais ont fait de « la corporation en elle-même » un être dépourvu de mentalité et d'activité, ils n'ont plus le droit de considérer le groupe constitué par les membres de cette corporation comme un « représentant » que nommerait un patron réduit dans un était voisin de l'inertie. En effet, si la corporation « par elle-même » était capable de nommer un agent, il n'y aurait pas de raison apparente pour qu'elle ne fît pas « par elle-même » beaucoup d'autres actes. Savigny est bien plus habile. Ce n'est pas dans la théorie de la représentation, mais dans une tutelle du genre de celle du Droit Romain qu'il cherche une analogie exacte. Ceux qui veulent tourner sa théorie en ridicule disent qu'il remplit le monde juridique d'idiots incurables et de leurs curateurs nommés par l'État (1); mais, si nous voulons être logiques, nous devons reconnaître que notre « corporation en elle-même » — cette chose en soi (*Ding an sich*) qui d'une façon ou d'une autre se trouve derrière le monde « des phénomènes » représenté par les membres de la société — n'agit en rien,

(1) L'autorisation de l'État étant nécessaire pour la formation des Corporations.

ne dit pas un mot, n'a aucune pensée et ne nomme aucun agent. Il faut aussi remarquer, et c'est important au point de vue historique, que cette théorie peut être maniée par un Prince, ou principicule, disposé à jouer le rôle d'un despote paternel. En réalité, puisque les droits de propriété d'une communauté — comme une ville ou une université — n'appartiennent pas à une ou plusieurs personnes réelles, ce n'est pas une simple juridiction, mais bien un contrôle administratif que l'État devrait exercer sur les actes des tuteurs et des curateurs. En effet, il ne peut pas être question ici de « droits naturels », car les « personnes artificielles » ne peuvent avoir de droits naturels. D'autre part, la *persona ficta* a été strictement confinée dans le domaine du Droit privé, ce qui peut échapper à l'attention dans un pays où le Droit public a coutume de prendre la forme du Droit privé (procédé que les uns appelleront un honteux vestige du Moyen Age, tandis que les autres envieront ce legs du Droit Germanique). La société de la théorie de Savigny n'est pas un « sujet » de libertés et de franchises, ou de droits de *Self government*. Au point de vue de la réalité et du droit public elle ne peut guère être autre chose qu'un rouage dans la machine de l'État, bien que la personnification de ce rouage ait paru utile pour la cause du droit de propriété. Enfin il faut absolument abandonner certaines images populaires comme celle du « corps » et des « membres ». Le tuteur n'est pas un membre de son pupille; et comment peut-on imaginer une fiction qui soit elle-même composée d'hommes vivant en réalité?

La Société anonyme. — Quand Savigny écrivit cette théorie, on était à la veille d'une grande évolution. L'Angleterre, à son honneur, joua un rôle important dans le mouvement qui fit passer la société anonyme (*joint-stock company*) au premier rang des faits sur lesquels doit s'appuyer toute théorie des sociétés. Quels que soient les

exemples qu'on puisse chercher dans les municipalités et autres communautés, les universités, les collèges et les églises, la société anonyme moderne prend en fort mauvaise part toute tentative d'interprétation qui ferait d'elle une partie du mécanisme de l'État. Il est cependant utile de nous rappeler que quelques-unes des plus anciennes et des plus notables sociétés anonymes, comme la Banque d'Angleterre et l'*East India Company*, se rattachaient à l'État de la façon la plus étroite. Une autre difficulté vient de ce fait que la société anonyme moderne, si elle est bien une *universitas*, n'en est pas moins extrêmement semblable à une *societas*, c'est-à-dire à ce que les Anglais appellent une *partnership* et les Allemands une *Gesellschaft*. Or cette ressemblance paraissait menacer un des résultats les mieux assurés de la science juridique. Certaines phrases du Digeste auraient pu mettre les premiers glossateurs dans l'embarras, mais une distinction avait été saisie par Innocent IV qui la formula clairement en ces termes : l'*universitas* constitue une personne tandis que la *societas* n'est que le nom collectif qu'on donne aux *socii* (1). Depuis lors la jurisprudence s'évertuait à maintenir entre ces deux notions une cloison étanche que le Droit Naturel, de son côté, s'efforçait de supprimer. Dans un exposé systématique du *Pandektenrecht*, l'*universitas* apparaissait dès les premières pages sous la rubrique « Droit Personnel », tandis que la *societas* se trouvait très loin, sans doute dans un autre volume, la Société étant une sorte de Contrat et le Contrat une sorte d'obligation. Cependant la société anonyme représentait un être nouveau ; son nom d'*Aktiengesellschaft* donnait clairement à entendre qu'il s'agissait d'une *societas* ; mais, d'autre part, les législateurs allemands auxquels cette société devait sa forme avaient à peu près certainement admis qu'elle

(1) Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, 285.

jouerait le rôle d'une personne ou d'un « sujet » juridique, bien que sur ce point ils ne se fussent pas prononcés en termes aussi explicites. Etait-elle une *universitas*, ou une *societas*, ou aucune des deux, ou les deux à la fois? Pouvait-on trouver un moyen terme entre l'unité et la pluralité? Quelle était, quelle pouvait être la nature juridique de l'« action » d'un actionnaire? Pouvait-on concevoir une forme de co-propriété qui lui répondît? Représentait-elle un droit « réel » sur les meubles et immeubles de la société? Ou bien fallait-il n'y voir qu'un contrat entre l'actionnaire et la personne artificielle? Les théories étaient ébranlées et les intérêts matériels étaient en jeu. Par exemple, le gouvernement prussien pouvait-il honnêtement appliquer un impôt, d'abord aux revenus de la société, puis aux dividendes des actionnaires, tout en condamnant le principe de la double taxation? (1)

Partnership, Gesellschaft et Société. — Ouvrons ici une parenthèse pour remarquer qu'un point de l'histoire de la théorie politique échappera à tout Anglais s'il ignore que, dans le sens strictement juridique, le mot anglais *partnership* est le seul qui puisse rendre le mot latin *societas*, le mot français *société* et le mot allemand *Gesellschaft*. Il faut aussi savoir que, de même que les jurisconsultes anglais déclarent que la raison sociale, désignée en Angleterre sous le nom de *firm*, n'est qu'un simple nom collectif donné aux associés de la maison de commerce, de même on enseigne en Allemagne que la *societas* romaine et la *Gesellschaft* allemande ne sont pas

(1) Dernburg, *Pandekten*, ed. 5, I., 146. Le jurisconsulte allemand avait à examiner beaucoup de types d'association différents, tels que la *Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes*, la *offene Handelsgesellschaft*, la *Kommanditgesellschaft*, la *Kommanditgesellschaft auf Aktien*, et l'*Aktiengesellschaft*; et, autant que je sache, les législateurs ne lui avaient pas dit explicitement si la personnalité devait être reconnue à un de ces types. Un vaste domaine était ainsi abandonné à la rivalité des interprétateurs.

des « personnes juridiques ». Il y a lieu d'ajouter que de nos jours la *Gesellschaft* allemande — et on pourrait dire la même chose de la *partnership* anglaise — montre une tendance à se développer dans le sens d'une organisation corporative qui était tout à fait inconnue à la *societas* individualiste du Droit Romain (1). Cela est secondaire ; mais ce qui est important, c'est qu'avant la fin du Moyen Age la *societas* — l'équivalent de la *partnership* — prenait une signification d'une immense étendue, et, sous le patronage de comparaisons instituées par Cicéron (2), entrait dans le champ de la politique. La « Société Humaine » devait être la *partnership* de l'humanité, la « Société Civile » devait être la *partnership* des citoyens, « l'origine de la Société Civile » devait être un Contrat Social ou contrat de *partnership*. Si Rousseau écrit sur le *Contrat Social* et Pothier sur le *Contrat de Société*, il doit y avoir, et il y a en effet, un lien entre ces deux ouvrages si différents ; un Allemand dirait que tous deux discutent le *Gesellschaftsvertrag*, l'un avec passion et l'autre avec érudition. Nous rencontrons ici un des problèmes historiques posés par M. Gierke. Comment se fit-il que la théorie politique, qui eut recours aux jurisconsultes pour la plupart de ses idées, leur emprunta le contrat de société (*contract of partnership*) plutôt que l'acte constitutif de la corporation (*act of incorporation*) (3), qui paraissait beaucoup mieux approprié aux besoins de leur cause ? Cela tient, en résumé, à ce que la doctrine courante sur les corporations, celle de l'antiquité classique et d'Innocent, n'atteignait pas le niveau de la pensée philosophique. Une personnalité qui n'était qu'une fiction, créée par l'État

(1) Dernburg, *loc. cit.*

(2) Voir ci-dessous, page 258, note 306.

(3) En Angleterre, l'*incorporation* est le mode normal de création de la *corporation*, c'est-à-dire de la personnalité. Mais les groupements sans but lucratif, que nous appelons des associations, se constituent le plus souvent sous la forme du trust. (Note du Traducteur.)

et enfermée dans les limites du Droit Privé, n'était pas ce dont le philosophe avait besoin quand il entreprenait de créer la théorie de l'État lui-même.

La philosophie politique réagit ensuite sur la théorie juridique. Quand l'État lui-même fut devenu une simple unité collective, — le total des individus actuellement vivants, liés les uns vis-à-vis des autres par l'opération de leurs propres volontés, — aucun autre groupe ne devait paraître capable de résister à ce genre d'analyse. Dans les exposés systématiques du Droit Naturel, comme ceux qui furent à la mode au dix-huitième siècle et qui réunissaient la philosophie à la jurisprudence, l'*universitas* fut abaissée au rang de la *societas*, ou celle-ci fut élevée au rang de celle-là (1). Toutes deux montraient une certaine unité dans la pluralité de leurs formes; toutes deux pouvaient également être appelées des «personnes morales»; mais, pour l'une et l'autre, il ne fallait voir dans cette personnalité qu'une invention destinée à abréger le travail, comme la sténographie ou les symboles des mathématiciens. Une opposition très nette, bien qu'elle ne soit pas toujours saisie par les écrivains anglais, existe en réalité entre la théorie de la Fiction, telle que Savigny l'a conçue, et la théorie de la corporation qui pourrait être appelée théorie des Parenthèses (*Bracket Theory or Expansible Symbol Theory*). Dans la théorie de Savigny les membres de la corporation sont simplement les tuteurs de quelque chose qui a été institué par l'État ; dans l'autre théorie ils deviennent véritablement les « sujets » des droits et des devoirs qui ont été attribués à la corporation, mais par un artifice juridique ces sujets sont généralement mis entre parenthèses.

Malgré cette disposition de la jurisprudence « naturelle » — dont l'empreinte paraît être restée dans la terminologie légale de l'Écosse — les romanistes allemands

(1) Gierke, *Johannes Althusius*, 103.

avaient maintenu ferme la doctrine suivant laquelle l'*universitas* est une personne, tandis que la *societas* n'en est pas une. C'est alors qu'un sujet d'alarmes leur fut donné par la société anonyme (*joint-stock company*), cette puissance qui débutait dans le monde des théories comme dans le monde économique. On admettait généralement que l'*Aktiengesellschaft* était une corporation; mais, de toutes les corporations, la société anonyme est celle qui paraît s'offrir avec le plus de complaisance à l'analyse des partisans de l'individualisme. Quoi qu'on dise, et quels que soient les éloges mérités par l'ingéniosité des inventeurs de logarithmes, est-ce qu'en fin de compte ce ne sont pas les actionnaires, les hommes en chair et en os, qui à eux seuls supportent les devoirs et exercent les droits de la société? Ce point de vue « individualiste » ou « collectiviste » fut adopté même par un romaniste aussi éminent qu'Ihering (1), et en Amérique, où les écoles de droit sont florissantes, où les cours suprêmes sont nombreuses et où le besoin d'une théorie est plus pressant qu'en Angleterre. on a fait des tentatives très intéressantes pour écarter la Fiction, ou plutôt pour supprimer la Parenthèse, et prouver qu'elle ne contient rien que des hommes liés les uns vis-à-vis des autres par un contrat (2). Aucune des catégories de la jurisprudence n'est plus vorace que celle des contrats, qui jadis voulut dévorer l'État lui-même, et qui maintenant ne souffre pas qu'on dise que malgré ses efforts elle ne peut digérer une simple société anonyme. Mais, pour mettre en question la fameuse théorie de Maine sur les rapports du Contrat et du *Status* romain, il suffit de se rappeler que celui-ci est devenu l'État moderne, qui n'a pas voulu

(1) Voir en particulier : *Geist des röm. Rechts*, vol. III, p. 343.

(2) Cette hostilité contre la Théorie de la Fiction, — ou de « l'Entité », comme les Américains disent parfois, est exprimée dans plusieurs manuels bien connus, par exemple Taylor, *Law of Private Corporations*, § 60; Morawetz, *Law of Private Corporations*, ch. I.

reconnaître son origine dans un Contrat, et devenir une simple « Société civile ». D'ailleurs, peu de mots ont eu une histoire plus aventureuse que celui qui, définissant à la fois l'État (*State*) du Droit Public et la propriété privée (*estate*) du Droit Privé anglais, montre à merveille comment sont unies par des relations mutuelles toutes les parties d'un corps de jurisprudence dont le développement est normal. Ceci dit, et quoique la puissance d'analyse du Contrat soit loin d'être ce qu'elle paraissait autrefois, bien des esprit la jugeront suffisante pour détailler ce qu'on pourait appeler la formule de la corporation. (*Corporation Symbol*).

La Genossenschaft et la Théorie du Réalisme. — C'est en Allemagne, où bouillonnaient alors tant de nouvelles idées et de nouvelles espérances, que fut lancée une théorie qui s'intitulait elle-même « la *Genossenschaftstheorie* allemande ». Même la description la plus abrégée du milieu qui vit naître cette théorie ne pourrait omettre, après avoir mentionné l'apparition de la société anonyme, de dire un mot des communautés agraires qui s'étaient maintenues en Allemagne depuis l'origine des temps historiques, et qu'on ne pouvait dissoudre sans soulever les problèmes les plus compliqués ; il faudrait également rappeler qu'on reprochait au Droit Romain de ne pas avoir pour ces questions de solution équitable et de n'accorder aux paysans qu'une justice insuffisante. Il ne faudrait pas non plus oublier les triomphes que remportait alors la biologie. On avait besoin d'un mot qui comprît beaucoup de groupes humains, simples ou complexes, modernes ou archaïques, et on choisit le mot *Genossenschaft*. Pour le traduire en anglais, il faut bien se garder d'employer le mot *partnership* ; peut-être l'usage moderne a-t-il donné au mot *company* un sens trop particulier et trop technique ; le mot *society* présente le même danger ; peut-être le mot qui s'appliquerait le

moins mal serait-il celui de *fellowship* avec son léger parfum de vieille Angleterre. Cette théorie, que Beseler inaugura en critiquant celle de Savigny, se développa graduellement, surtout dans les mains de M. Gierke, et autour d'elle se fit un grand travail de réflexion, d'érudition et de controverse. Il y eut à lutter sur beaucoup de champs de bataille. On exigeait de la nouvelle théorie : au point de vue philosophique qu'elle fût vraie, au point de vue scientifique, qu'elle fût solide, au point de vue moral, qu'elle fût juste, au point de vue juridique, qu'elle fût implicitement contenue dans les codes et la jurisprudence, au point de vue pratique, qu'elle fût commode, au point de vue historique, qu'elle fût déterminée par les événements, et enfin que son origine fût authentiquement, et peut-être exclusivement germanique (1). Quelle qu'ait pu être l'*universitas* romaine — M. Gierke range volontiers tous les partisans du Droit Romain parmi les adeptes de Savigny, — il est certain que le compagnonnage (*Genossenschaft* ou *Fellowship*) germanique n'est ni une fiction, ni un symbole, ni une partie de la machine de l'État, ni une dénomination collective d'individus distincts, mais un organisme vivant et une personne réelle avec un corps, des membres et une volonté à elle. Cette personne peut vouloir et agir; elle veut et elle agit par l'intermédiaire des hommes qui sont ses organes, de même qu'un homme veut et agit par l'intermédiaire de son cerveau, de sa bouche et de sa main. Ce n'est pas une personne fictive; c'est une *Gesamtperson*, et sa volonté est un *Gesamtwille*; c'est une personne collective et elle a une volonté collective (2).

(1) Cependant quelques romanistes réputés ont affirmé qu'ils avaient le droit d'adopter cette théorie et l'ont adoptée en effet. Voir en particulier Regelsberger, *Pandekten*, vol. I, p. 289 ff. Voir aussi Dernburg, *Pandekten*, § 59.

(2) Les ouvrages de M. Gierke qui traitent cette question sont : 1° *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, dont les trois volumes ont été publiés en 1868, 1873 et 1881; 2° *Die Genossenschaftstheorie und ihre Rechtsprechung*

On peut trouver que cette théorie, à laquelle nous donnerons le nom de Réalisme, porte sa tête jusqu'aux nuages, bien qu'elle ne s'élève peut-être pas plus haut que la théorie de la Fiction; mais on a fait un sérieux effort pour lui donner des pieds et la faire marcher sur le sol. M. Gierke a consacré un gros livre (1) à plaider sa cause en grand détail et avec toutes les ressources du Droit moderne; il n'affirme pas qu'il ait pour lui toutes les « autorités » de son pays (ce qu'un juriste anglais ne manquerait pas de dire); mais il déclare qu'il a, soit expressément, soit implicitement, l'appui d'un très respectable groupe de ces autorités, et que les législateurs tombent dans la contradiction ou l'injustice évidente lorsqu'ils se laissent guider par d'autres théories. Ce plaidoyer s'appuie sur des arguments on ne peut plus concrets, et, bien qu'il montre parfois quelque penchant pour le Moyen Age allemand, et quelque méfiance à l'égard de la Rome antique, il fait valoir des mérites essentiellement modernes, comme celui de donner, au sujet de l' « action » ou de la « part » (*share*) d'un actionnaire, la seule explication juridique qui résiste à un effort sérieux. Notre auteur a ensuite, dans un autre livre, raconté l'histoire du Droit Corporatif Germanique (2).

Imaginons, car nous avons peu de chances de le voir, un livre intitulé le Droit Corporatif Anglais (*English Fellowship Law*), décrivant la structure des groupes

1887; 3° Le premier volume du *Deutsches Privatrecht*, 1895, qui contient un exposé de la question plus succinct et plus récent; 4° la monographie de Johannes Althusius, 1880, à bien connaître pour toutes les personnes qui étudient les théories politiques. Si l'on préfère le français à l'allemand pour commencer l'étude de la théorie réaliste, on peut prendre le livre. d'A. Mestre : *Les Personnes Morales*, 1899. Les juristes français ont été conservateurs, et la théorie de Savigny était en harmonie avec l'esprit de leurs codes; cependant la doctrine de la réalité de la volonté collective trouve parmi eux des disciples. A ma connaissance, cette théorie n'a été exposée en Anglais que par Ernest Freund, *The Legal Nature of Corporations*, University Press, Chicago, 1897.

(1) La *Genossenschaftstheorie* de 1887.

(2) Dans le *Genossenschaftsrecht* publié en 1868, 1863 et 1881.

dans lesquels ont vécu des hommes de la race anglaise, depuis l'époque où les familles poursuivaient leur vengeance dans des luttes sanglantes jusqu'à l'époque où une compagnie dépendant d'une seule personne (*one-man-company*) peut émettre des obligations, où trois étages superposés d'assemblées parlementaires s'élèvent sur le sol de l'Australie et du Canada, et où la question des « *Trusts* et *Corporations* » trouble la grande République de l'Ouest. Dans cet intervalle nous voyons se développer des églises, et même l'Église unique et catholique du moyen âge, des monastères, des ordres mendiants, des groupes non conformistes, un système presbytérien, des universités anciennes ou nouvelles, la communauté villageoise que les germanistes nous ont fait connaître, le château-fort depuis ses premiers progrès jusqu'à sa décadence, la communauté urbaine, les villes de la Nouvelle-Angleterre, les comtés et les cantons, les bourgs à charte (*chartered boroughs*), les ghildes dans leurs multiples variétés, les Collèges d'avocats (*Inns of Court*), les marchands aventuriers, les Grandes « Compagnies » guerrières de condottieri anglais, qui, de retour en Angleterre, aidèrent à y rendre populaire le mot de « Compagnie », les compagnies de commerce, les compagnies qui deviennent des colonies, les compagnies qui font la guerre, les sociétés amicales, les trade-unions, les clubs, le groupe de courtiers d'assurances maritimes qui se rencontrent au café du Lloyd (1), le groupe qui devient le Stock Exchange, et ainsi de suite

(1) A la fin du XVIIe siècle, Edward Lloyd tenait dans la Cité de Londres un café que fréquentaient les *underwriters* ou courtiers d'assurances maritimes. L'État, en vue de protéger deux corporations privilégiées qui lui avaient prêté de l'argent, interdisait à ces courtiers de former même une simple *Gesellschaft*. Cependant ces gens, unis par le besoin d'obtenir des renseignements et de lutter contre les fraudes, constituèrent un petit *trust fund*, et, pendant les guerres napoléoniennes, le « *Committee for regulating the affairs of Lloyd's Coffee House* » devint une grande puissance. Mais « le Lloyd » ne demanda l'*incorporation* qu'en 1871, et pour une raison accidentelle. (D'après F. W. Maitland, *Collected Papers*, III, 372. Note du Traducteur.)

jusqu'à la compagnie dépendant d'une seule personne, jusqu'au Standard Oil Trust et jusqu'à la législation de l'Australie du Sud sur les villages communistes. L'historien anglais embrasserait dans cette tâche une plus grande variété de groupements sociaux que M. Gierke n'en a pu examiner, mais il n'aurait pas à parler de ce groupement particulièrement intéressant qui sait à peine lui-même s'il est un corps municipal ou une république souveraine. Puis nous imaginons notre historien recherchant les conceptions que les Anglais se sont faites de leurs groupes, les façons de penser par lesquelles ils se sont efforcés à la fois de distinguer tous ces membres et de les ramener à l'unité du corps social. Cet historien pourrait, comme M. Gierke, considérer que le bourg de la fin du moyen âge forme un nœud central, auquel aboutissent et dont partent la plupart des fils de cette longue histoire, aussi bien au point de vue économique qu'au point de vue théorique. Le bourg tend une main, en arrière, aux communautés de village, et l'autre main, en avant, aux libres associations de tout genre. M. Gierke nous montre que là, pour la première fois, s'est formée la conception intellectuelle et juridique qui, de la pluralité des membres, a dégagé l'unité du groupe; ainsi « le bourg » apparaît comme une personne qui se distingue de la somme des bourgeois existants, mais qui leur donne une organisation et un corps.

M. Gierke attribue à ses Allemands du moyen âge des façons de penser saines et solides, et en particulier un sens profond du caractère organique que présentent tous les groupes sociaux permanents, même les plus petits. Ce n'est pas, selon lui, que leurs façons de penser aient reposé sur des définitions très nettes : il a même créé un dissentiment entre lui et quelques-uns de ses confrères germanisants en refusant de faire remonter à l'époque la plus reculée la distinction entre la co-propriété et la propriété corporative. Dans plusieurs chapitres très intéres-

sants il a décrit les progrès de la différenciation à laquelle nous devons ces deux idées distinctes. Ces progrès étaient en bonne voie dans les villes allemandes lorsque se produisit la catastrophe de la Réception du Droit Romain. Quand le Droit Germanique eut à affronter l'envahisseur étranger, il avait déjà atteint « le stage de l'abstraction », mais non « le stage de la réflexion ». Il avait son *Kôrperschaftsbegriff*, mais non sa *Kôrperschaftstheorie*. Il savait mettre sur le même rang l'Homme et la Communauté comme deux personnes d'espèce différente et également réelles ; mais il ne s'était jamais interrogé sur la nature de cette opération. Et c'est ainsi qu'il se présenta devant l'ennemi bien discipliné, devant la théorie qui avait subi le dressage des légistes et des décrétistes italiens.

Dans un autre volume M. Gierke nous a donné l'histoire de cette théorie. Nous traduirions mal sa pensée si nous ne parlions de la science italienne que comme d'une ennemie, sans la qualifier autrement. Tous les mérites techniques étaient de son côté ; elle était un modèle dans l'art de penser avec conséquence. Mais, si elle fit du bien, elle fit aussi du mal. Ses textes sacro-saints représentaient le droit d'un pays qui n'avait pas l'esprit d'association. La jurisprudence romaine, prenant son point de départ dans la distinction absolue du *jus privatum* et du *jus publicum*, avait atteint son plus haut degré de développement dans « un droit public absolutiste et un droit privé individualiste », Titius et l'État, voilà les deux termes que comprenaient les juristes romains, et à l'aide desquels, en y ajoutant un peu de fiction, ils pouvaient construire leur monde juridique. La théorie des sociétés qui en dérive peut conduire à l'absolutisme d'un prince (et c'est peut-être là qu'elle conduit le plus directement), ou bien elle peut tourner au pur et simple collectivisme (qui dans ce sens est un autre nom qu'on donne à l'individualisme) ; mais elle n'offre aucune place à l'idée de l'organisme vivant ;

elle est condamnée à être « atomistique » et « mécanique ». Pour la *Genossenschaftstheorie* de l'Allemagne moderne la tâche qui restait à faire était donc de recouvrer, de rendre à la vie « l'idée organique » et de lui donner une forme scientifique.

Trusts et Corporations. — Un Anglais arrive difficilement à mettre de la passion ou même beaucoup d'intérêt dans l'étude de ce genre de questions, et c'est pourquoi quelques lecteurs de ce livre éprouveront peut-être quelque difficulté à saisir l'objet de toutes les remarques de M. Gierke sur la personnalité de l'État et des Corporations. Si nous demandions pourquoi il en est ainsi, la réponse serait une longue histoire qui n'a encore jamais été racontée comme il le faudrait. Cependant, on peut en résumer le sens principal en trois mots : « Corporations et Trusts », qui sont en ce moment un des foyers de la politique américaine. Pendant les quatre derniers siècles les Anglais ont pu dire : « Autorisez nos trusts, et, quelque importance qu'aient la loi et la théorie en matière de corporations, elles ne nous empêcheront pas de former et de maintenir des groupes permanents des espèces les plus variées : groupes qui, derrière le paravent formé par les *trustees*, vivront assez heureux, même pendant des siècles, et se feront gloire de n'avoir pas de corps légal. Si le Pape Innocent avec les forces romaines garde le grand escalier, nous monterons par l'escalier de service. » Depuis l'époque où, parmi d'innombrables autres associations (*Fellowships*) qui n'avaient pas reçu de charte, les Collèges d'avocats (*Inns of Court*) commencèrent à se former, jusqu'à l'époque où l'Amérique s'est enflammée à cause des monopoles exercés par des trusts, notre droit corporatif n'a été qu'une partie de notre *Genossenschaftsrecht*, et peut-être pas la partie principale (1). Nous n'en

(1) Voir le *Statute* 23 Henri VIII, c. 10 (1531-1532) : il y a déjà des terres dont les redevances reviennent à des « ghildes, fraternités, commu-

citerons qu'un exemple. Si nous parlons le langage courant, nous dirons qu'en Angleterre, depuis un certain temps, des richesses considérables ont « appartenu » à des « corps » religieux autres que l'Église établie, et la liberté religieuse y aurait paru honteusement imparfaite si les lois avaient empêché les choses de se passer ainsi. Mais jusqu'à une époque très récente les Nonconformistes n'ont pas pu se servir du « concept de la corporation », et même maintenant il est très peu employé pour les besoins de cette cause, tellement le « concept du trust », s'est montré utile. Derrière le paravent des *trustees*, hors de l'atteinte directe des investigations des juristes, peuvent prospérer toutes sortes de groupes : Lincoln's Inn ou Lloyd's (1) ou Stock Exchange, ou tout un système presbytérien, ou même l'Église Romaine avec le Pape à sa tête. Mais, si nous allons visiter un pays où le Droit Romain a été « reçu », il faut laisser à la douane ce vaste et ample « concept du trust », et ne pas supposer un instant qu'il puisse être remplacé par un maigre *Fidéicommis.* (2) Nous comprendrons alors quelle importance vitale une théorie des Corporations peut avoir pour une nation, au point de vue social, politique et religieux.

Si notre tâche est, au point de vue juridique, de construire et d'entretenir de confortables demeures dans lesquelles des groupes organisés puissent vivre et jouir de

nautés, compagnies et confréries » qui ne sont pas légalement « incorporées »; et cela se passe sur une si grande échelle que le roi Henri VIII doit intervenir comme souverain propriétaire (*landlord*). Les juristes d'une époque postérieure attribuèrent heureusement à la manifestation de l'aversion du roi Henri pour la « superstition » une date antérieure de plusieurs années à la date réelle, et ils purent ainsi donner au caractère répressif de cette loi beaucoup moins de portée qu'elle n'en avait certainement dans l'esprit de son royal auteur. Le cas important est le *Porter's Case*, 1 *Coke's Reports*, 22 b.

(1) Incorporé à la longue en 1871 : Voir F. Martin, *History of Lloyd's*, pp. 356-357, ouvrage extrêmement intéressant.

(2) Il y a en effet un certain rapport de sens et d'étymologie entre le trust et le fidéicommis.

toute la «liberté d'association» que le Prince leur accordera, il est possible d'en faire une partie, mais seulement une faible partie, à l'aide des moyens que nous offrent les romanistes, c'est-à-dire de leur co-propriété (*condominium*, *Miteigentum*, *co-ownership*) et de leur société (*societas*, *gesellschaft*, *partnership*) Ces catégories juridiques sont, comme on nous l'enseigne, extrêmement individualistes; même les catégories parallèles du Droit Anglais sont moins individualistes que ces catégories romaines, car celles-ci ignorent la *Jointness* ou *Gesamthandtschaft* (1) Si en outre notre Prince garde sous clef l'*universitas*, le moule des sociétés, il nous faut bâtir sans avoir de mortier. Or, garder l'*universitas* sous clef, c'est précisément ce que la théorie reçue du Droit Romain autorisait le Prince à faire. Son droit de supprimer les *collegia illicita* était complété par la doctrine métaphysique suivant laquelle il résulte de la nature même de la «personnalité artificielle» qu'elle ne peut être créée que par le pouvoir souverain. Le mot d'Innocent IV fut décisif dans ce sens. Un légiste déclara franchement que la cinquante-neuvième des soixante-sept prérogatives de l'Empereur était que lui seul avait le pouvoir de créer des fictions : « *Solus princeps fingit quod in rei veritate non est* » (2) Ainsi la« Théorie de la Fiction » nous conduit à ce qui est connu en Allemagne sous le nom de « Théorie de la Concession. » La corporation est, et doit être, la créature de l'Etat. L'État doit insuffler l'âme de la vie fictive dans les narines de la corporation, sinon celle-ci ne deviendrait pas un corps animé, mais resterait une simple poussière d'individus.

(1) Cette image, qui se retrouve en allemand comme en anglais (*Jointness* ou *Joint tenants*) indique qu'il n'y a pas une main unique agissant pour le reste; ce sont les mains de tous les ayants droit qui apparaissent unies ensemble, pour posséder, aliéner et administrer dans l'indivision. Par suite, la part d'activité de chacun n'étant pas reconnaissable, il y aura responsabilité solidaire de tous les communistes. Cf. Saleilles, *De la personnalité juridique*, pp. 187-188. (Note du Traducteur.)

(2) Lucas de Penna, cité par Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, 371.

La Théorie de la Concession. — Il y a longtemps que les juristes anglais reçurent des Canonistes cette Théorie de la Concession. Ces juristes, élevés dans les libres associations des Collèges d'avocats qui n'étaient pas officiellement reconnus (*unchartered Inns*), étaient tout préparés à se pénétrer de cette doctrine. Blackstone put même dire avec satisfaction que le droit anglais allait plus loin que « le droit civil » dans sa stricte adhésion à cette théorie. Il avait raison, car les légistes en droit civil de son époque admettaient généralement que le consentement de l'État à la constitution d'une corporation était absolument nécessaire en principe; ils ajoutaient d'ailleurs que certains textes de Droit Romain permettaient de considérer ce consentement comme accordé d'avance et en termes généraux aux corporations d'espèce inoffensive. Ces légistes étaient en effet obligés d'attacher une importance essentielle à ce qui en Angleterre, (grâce à la commodité des trusts) était une simple question de convenance et de frais. En effet, si l'on adoptait la forme du trust, l'acte de constitution pourrait être long, et la note à payer aux hommes de loi être plus longue encore; on aurait besoin de temps à autre de nouveaux *trustees*; et çà et là il faudrait montrer quelque ingéniosité pour éviter un fâcheux obstacle; mais le groupe organisé pourrait tout aussi bien vivre et prospérer, et être d'autant plus autonome qu'il ne serait classé sous aucune des rubriques solennelles de la législation. Certains juristes purent déclarer que le droit coutumier qualifiait de crime le fait que des hommes « se permettaient d'agir comme une corporation » (*act as a corporation*). Mais ces juristes eux-mêmes étaient membres d'associations telles que les Collèges d'avocats (*Inns of court*), et, sans compter bien d'autres arguments, cela suffit à prouver qu'il était inutile et même très difficile de se rendre coupable de ce « crime » (si toutefois on

peut l'appeler ainsi) (1). Finalement il apparut que, sauf stipulation contraire du droit écrit, l'incorporation était inutile, et qu'un acte de trust pouvait suffire à constituer même une société de commerce importante, ayant un fonds commun (*joint stock*) des actions cessibles par vente et une « responsabilité limitée » assez étendue (2).

La Théorie de la Concession n'a été proclamée nulle part plus hautement, plus fréquemment et d'une façon plus absolue qu'en Amérique; nulle part Fieschi, le futur pape Innocent IV, n'a trouvé plus d'approbateurs. Si les hommes ignorants qui naviguaient sur le « Mayflower » ont cru qu'en présence de Dieu et d'eux-mêmes ils pouvaient réciproquement s'engager et s'unir dans « un corps civil et politique » (*a civil body politic*) (3), leurs descendants sont plus instruits. Suivant leur définition classique, une corporation est un privilège (*Franchise*), et un privilège, c'est une délégation partielle des pouvoirs de l'État entre les mains d'un particulier (4). C'est ainsi qu'un peuple devenu un Souverain s'est plu à se draper dans la pourpre du Basileus Byzantin et à porter la triple couronne du Pontife Romain. Mais il faut voir l'envers des choses. Ces « Trusts » qui ont boule-

(1) Lindley, *Company Law*, livre I, ch. 5, sect. I. Dans le curieux cas *Lloyd* contra *Loaring*, 6 Ves. 773, Lord Eldon avait devant lui une loge de Francs-maçons qui avait imprudemment fait étalage de ce qu'un Réaliste appellerait son caractère corporatif.

(2) Les administrateurs sont tenus de prévenir toute personne qui leur fait crédit qu'elle n'a à tenir compte que du capital souscrit, et que nul ne sera personnellement responsable vis-à-vis d'elle. En ce qui concerne ces « tentatives de limitation de la responsabilité », voir Lindley, *Company Law*, livre II, ch. 6, sect. 2.

(3) Le pacte des passagers du Mayflower se trouve, entre autres endroits, dans Macdonald, *Select Charters*, p. 33.

(4) Kent, *Comment.* sect. 33 : « Une corporation est un privilège possédé par un ou plusieurs individus, qui constituent un corps politique portant une dénomination spéciale et auxquels le système des lois reconnaît la capacité de se renouveler perpétuellement, et d'agir à bien des égards comme un seul individu, quel que soit le nombre des associés. »

versé l'Amérique étaient assurément des corps organisés qui agissaient comme des individus, et si jamais un *Gesamtwille* a été déployé dans ce monde, il l'a bien été par eux : mais plusieurs d'entre eux n'étaient pas des corporations (1). Quand on lit les statuts des trusts américains, on peut se demander ce qu'ils gagneraient, en dehors d'avantages d'un caractère extrêmement technique, à être l'objet d'un acte d'incorporation. Sans doute, si l'Etat marmotte quelques paroles mystiques, une transformation (au sujet de laquelle les juristes doivent se conformer à l'orthodoxie romane ou romanesque), se produit dans la substance elle-même du groupe, qui échappe aux sens ; mais dans tous les phénomènes sensibles aucun changement n'apparait aux yeux profanes des créanciers et des débiteurs, ou des agents de change et des spéculateurs. Dès 1694, dans les listes de valeurs négociables que publiait John Houghton, les cours des « actions » des sociétés non incorporées (*unincorporated bodies*) se trouvaient côte à côte avec les cours des titres des sociétés constituées sous forme corporative (*stocks of chartered corporations*) (2). Il serait certainement curieux, mais non inexplicable, que la Théorie de la Concession, après avoir disparu de tous les autres pays, restât encore embusquée en Angleterre ou parmi des hommes de la race anglaise. Nos critiques étrangers, s'ils refusent d'admettre que cet état de choses soit inoffensif, devront au moins reconnaître que le dommage qui en résulte n'est ni très sérieux, ni très apparent. Un certain défaut de sincérité dans le traitement que nous appliquons aux groupes non incorporés, dont nous ne voulons pas reconnaître franchement la

(1) Depuis peu — si nous sommes bien renseignés — plusieurs des principaux groupements de capitalistes américains ont pris la forme de corporations soumises aux lois de New-Jersey.

(2) Houghton. *A Collection for the Improvement of Trade.* Voir spéciaement No. 98 ff. où l'auteur rend compte des sociétés anonymes.

personnalité, tandis qu'en même temps nous prenons des dispositions largement suffisantes pour la continuation de leur existence, voilà ce qu'on pourrait le plus légitimement nous reprocher comme un manque de respect à l'égard de la jurisprudence. Mais cet état de choses tend à disparaître, maintenant que des groupes d'espèces variées (clubs de *cricket*, sociétés religieuses, sociétés scientifiques, etc.) profitent peu à peu de cette faculté de se faire légalement reconnaître qui leur est accordée depuis environ quarante ans (1), et constatent qu'il leur est avantageux d'être considérés comme des personnes morales.

L'« unincorporated body ». — Nous pouvons nous représenter un Réaliste allemand portant sur le Droit Anglais le jugement suivant : « Il y a beaucoup de choses que nous pouvons envier dans votre histoire, et beaucoup de choses que nous pouvons admirer dans la liberté et la facilité d'évolution avec laquelle les groupements se sont formés chez vous. Votre grand « concept du trust » vous a été fort utile dans les mauvais jours, par exemple lorsque votre Hobbes instituait une répugnante comparaison entre les corporations et les ascarides (2), lorsque votre archevêque Laud (un absolutiste s'il en fut), lançait la Théorie des corporations pour écraser un Trust Puritain (3), et que deux ans plus tard son ami l'évêque Montague avait l'audace d'appeler l'attention du roi sur la situation occupée par le Lincoln's Inn en marge des sociétés incorporées (4). Et ce « concept du Trust »

(1) Par le *Companies Act*, 1862, sect. 6.

(2) Leviathan, II, 29 (*Œuvres* ed. Molesworth, vol. III, p. 321), : « Comme des vers dans les entrailles d'un homme ».

(3) Sur ce cas, qui concernait les personnes investies de bénéfices sécularisés (*Feoffees of Impropriations*), voir Gardiner, *Hist. of England*, année 1633, vol. VII, 258.

(4) Les *Inns of Court* sont une institution essentiellement anglaise, et on ne saurait exagérer l'influence qu'ils ont eue sur la vie nationale de

qui n'a absolument rien de romain, est intéressant pour nous. Nous en avons trouvé l'analogue dans de très anciennes chartes lombardes (1), et, soit dit en passant, c'est à l'instigation de Georg Beseler que le Chief Justice actuel du Massachussetts a vu quel pourrait être le lieu d'origine de vos trusts (2). C'est ainsi que les relations entre le trust et le groupe nous ramènent directement à la Loi Salique pour laquelle le *trustis* est un groupe de camarades. Nous comprenons bien que les juristes anglais étaient intéressés à nier, au moins dans leurs théories, la personnalité de ce que vous appelez un « corps non incorporé (*unincorporated body*) », terme qui nous paraît se rapprocher de la réalité, mais au prix d'une contradiction interne. Il vous semblait impossible

l'Angleterre. A l'origine, le principal objet de ces associations est de fournir aux avocats des salles de réunion, des repas en commun, des chambres à bon marché, une bibliothèque et une chapelle. Ce sont moins des collèges que des sortes de confréries (*fellowships* ou *societies*), et nous voyons là un des plus remarquables exemples du trust qui se développe sans demander l' « incorporation ». Sur le Lincoln's Inn ont été publiés (par MM. Douglas, Walker et Baildon) « *The Records of the Honourable Society of Lincoln's Inn. The Black Books* ». 1897-1898. Là nous trouvons (vol. II, p. 333, ann. 1635), le récit de la démarche que Richard Montague, évêque de Chichester, fit auprès de Charles Ier, en présence de Laud et des Secrétaires d'État, pour obtenir gain de cause contre les revendications que le Lincoln's Inn exerçait sur certains biens ecclésiastiques. Mais Montague fut débouté de sa requête, bien qu'il eût fait valoir que cette société d'avocats n'était pas « incorporée ». D'après F. W. Maitland, *Collected Papers*, III, 84. (Note du Traducteur.)

(1) Schultze, *Die Lombardische Treuhand*, Breslau, 1895. Le Lombard, ne pouvant faire un véritable testament, transfère tout ou partie de ses biens à un *Treuhänder* qu'il charge d'exécuter ses volontés. Ce *Treuhänder* peut avoir simplement à transmettre des dons à des personnes ou à des églises qui lui sont désignées, ou bien il peut avoir le choix des moyens pour secourir l'âme du défunt. Sur les biens qu'on lui confie, et dont on lui donne les titres d'acquisition, il a un droit de propriété sous condition résolutoire. Dans la langue du Moyen Age il est dit *feoffatus, vestitus et seisitus*. Le légataire peut désigner plusieurs *Treuhänder*, et ceux-ci peuvent constituer une *gesamte Hand*, qui se perpétuera et se recrutera d'elle-même en échappant aux droits de succession. D'après F. W. Maitland, *Collected Papers*, III, 327. (Note du Traducteur.)

(2) O. W. Holmes, *Law Quaterly Review*, I, 163 : « Le *feoffee to uses* (*feudataire usufruitier*) de l'ancien Droit Anglais correspond de point en point au *Salman* de l'ancien Droit Germanique tel qu'il a été décrit par Beseler il y a cinquante ans ».

de rompre ouvertement avec le dogme du Pape Innocent et avec les progrès de la philosophie, et c'est pourquoi vous avez soutenu que le corps non incorporé pouvait être interprété (*construed*) comme une simple collection d'individus unis entre eux seulement par leur accord et par leurs droits de co-propriété. Mais vous nous excuserez si nous doutons que vous ayez poussé cette théorie jusqu'à sa conclusion logique. Par exemple nous vous demanderons, puisque vous êtes de grands fondateurs de clubs, si, quand un homme est élu membre d'un de ces clubs, les membres existants lui font un véritable transfert de propriété (*assignment*) pour une partie du local et de l'ameublement du cub, et si, quand cet homme démissionne, il fait une véritable cession de sa propriété (*release*) aux membres qui continuent à appartenir au club. Si ,comme nous le croyons, il n'en est pas ainsi, vos livres de droit devraient mentionner en bonne place, parmi les modes d'acquisition et de perte des droits, le fait d'être élu membre d'un corps non incorporé (*unincorporated body*) et d'en donner sa démission. En outre, il deviendrait évident qu'à côté d'une *Korporationstheorie* d'origine italienne, vous avez un *Kôrperschaftsbegriff* qui vous est particulier : l'idée qu'un « corps social » peut procéder d'une autre cause que de la volonté de l'État. Et pourquoi, nous aimerions à le savoir, votre législation a-t-elle récemment frappé les biens des « corps non incorporés » du même impôt que les biens des corporations régulièrement constituées? Après que les biens des particuliers et ceux des corporations étaient déjà imposés, restait-il des propriétaires qui eussent échappé à l'impôt? (1) Et quel peut être le sens que votre légis-

(1) *Customs and Inland Revenue Act*, 1885, sect. 11 : « Attendu que certains biens échappent à l'obligation d'acquitter les frais d'enregistrement et les droits de succession par le fait qu'ils appartiennent à des corps soit incorporés soit non incorporés (*bodies corporate or unincorporate*) ou qu'ils se trouvent entre leurs mains ».

lateur attache aux mots lorsqu'il déclare que dans les Actes du Parlement (sauf si l'on y reconnaît une intention contraire), le mot « personne » doit comprendre « toutes sortes de personnes incorporées ou non. (1) » Si l'on nous accorde le droit de voir la personnalité partout où nous voyons le caractère corporatif (*bodiliness*), la victoire du Réalisme est assurée, bien qu'une vieille superstition puisse avoir la vie dure. L'histoire aura peut-être un jour à vous apprendre que dans le Droit Anglais la véritable fiction était, non pas que sa *corporation* fût une personne, mais que son « corps non incorporé (*unincorporated body*) » ne fût pas une personne, ou (comme vous le laissez entendre) ne fût personne. Il y a bien d'autres questions que nous aimerions à vous poser. Pourquoi, par exemple, est-ce qu'aux Anglais, qui ont la liberté et l'esprit des affaires, la loi interdit de former de grandes sociétés commerciales (*trade in arge partnerships*) (2). N'est-ce pas parce que le bon sens et l'expérience vous ont montré que, quoi que vous fassiez et quoi que vous disiez, le caractère corporatif (*corporateness*) finirait certainement, comme en Amérique, par apparaître dans ces grands groupements commerciaux, et que ceux-ci devaient par conséquent être soumis à la loi qui régit les corporations? Et ne pensez-vous pas que l'effroyable gâchis — excusez-nous — l'effroyable gâchis dans lequel vous avez mis votre administration locale, est dû, au moins en partie, à une mauvaise théorie d'origine étrangère, qui, n'admettant pas qu'un corps social pût se former autrement que par le « privilège » du Prince, refusa de reconnaître et de fortifier ce caractère corporatif (*bodiliness*) qui était immanent dans chacune de vos municipalités urbaines (*townships*), et dans chacune de vos *Gemeinde* villageoi-

(1) « *Any body of persons corporate or unincorporate* ». Interpretation Act, 1889, sect. 19.

(2) *Companies Act*, 1862, sect. 4.

ses? Chez nous autres Allemands, personne — pas même nos Romanistes qui sont pourtant à cheval sur leurs théories, — ne s'est rendu coupable de cette fatale méprise, que vous vous efforcez de réparer, bien tardivement, en inventant maintenant des Conseils Communaux (*Parish Councils*). D'ailleurs cette méprise a été évitée dans vos colonies par quelques-uns de vos compatriotes moins pédants, grâce auxquels les «villes de la Nouvelle-Angleterre» ont pu développer le caractère corporatif (*corporateness*) qui leur était inhérent. (1)»

Rôle politique de l'idée du Trust. — Il nous a paru utile de consacrer au Droit Anglais les pages qu'on vient de lire, afin de faciliter au lecteur anglais l'intelligence des débats qui se poursuivent à l'étranger sur la nature et l'origine de la personnalité des corporations et de la personnalité de l'État. Arrêtons-nous encore un instant pour remarquer que ce Trust anglais, nourri et élevé, si l'on nous permet cette expression, dans les retraites intimes du Droit Privé, s'est fait connaître au monde entier par le rôle qu'il a joué dans le Droit Public. Lorsqu'une *Fellowship* Anglaise (2) (c'est-à-dire une *corporation aggregate*) eut en vertu d'un titre quelconque à gouverner des millions d'hommes dans les Indes, des Actes du Parlement intervinrent pour l'obliger, un peu contre son gré, à tenir cet «objet de droits», cette précieuse domination, en *trust* pour le compte de la Couronne

(1) Un cas de 1497 (*Year Book*, Trin. 12 Hen. VII, f. 27, pl. 7) marque le début d'une malheureuse histoire. Voir Toulmin Smith, *The Parish*, 2e édition, p. 269.

(2) *L'East India Company*. Ce n'était pas une proposition oiseuse, mais bien la solution d'une grave querelle, que contenait l'Acte du Parlement en vertu duquel la *Herrschaft* acquise dans les Indes par cette Compagnie devait être tenue par elle « en *trust* » pour la Couronne de Grande-Bretagne. Récemment encore les juges américains déclaraient que les États-Unis acquéraient la souveraineté du Cuba en *trust* (*upon trust*) pour le compte des Cubains. (*Trust and Corporation*, dans les *Collected Papers* de F. W. Maitland, III, 403). (Note du Traducteur.)

d'Angleterre qui, elle, est par définition une *corporation sole* (1). Si, de nos jours, il paraît inutile à nos tribunaux et à nos législateurs de déclarer expressément que les colonies sont, suivant la vieille expression, en fait et en droit, des corps politiques et sociaux (*bodies corporate and politic in deed, fact and name*), c'est parce qu'on admet que notre Couronne exerce certains droits de propriété pour le compte (*for or in right of*) de la Puissance du Canada, et d'autres droits pour le compte de la Province d'Ontario ; c'est au tribunal qui aura entendu les plaidoiries des *attorneys-general* en faveur de ces bénéficiaires, communautés ou *commonwealths*, qu'il appartiendra de faire le partage des droits qui reviennent à chacune de ces unités. Mais certes notre Trust, et plus encore notre Couronne, sont l'objet de bien des travaux, et il se peut qu'en renouvelant les anciens concepts ou en en créant de nouveaux sur la personnalité des groupes organisés, on nous dirige mieux vers les buts qu'il est désirable et même nécessaire d'atteindre.

Les termes de Prince et de République n'étaient pas incompatibles à l'époque où la Reine Élisabeth était notre « Prince » car elle ne s'opposa pas à ce que son secrétaire écrivit en latin *de Republica Anglorum*, ou en anglais *of the Commonwealth of England*. Les événements du siècle suivant mirent hors la loi des mots qui jadis étaient de bon aloi, et nous obligèrent à tirer le meilleur parti possible du « Sujet » (ou Objet subjectivé) qui se trouve avec les Joyaux à la Tour de Londres (2) Or, nous pouvions l'employer à beaucoup de fins, mais non à toutes. Comme la Couronne n'avait pas toujours payé régulièrement ses dettes, elle n'inspirait pas tou-

(1) L'exposé des motifs de l'Acte de 1833 (3 et 4 Will. IV, c. 85), énonce explicitement cette théorie dans les termes suivants : « Attendu qu'il convient que les dits territoires, tout en continuant à être administrés par ladite Compagnie, soient mis en *trust* pour le compte de la Couronne du Royaume-Uni ».

(2) Allusion à la Couronne d'Angleterre. (Note du Trad).

jours confiance à ses créanciers, et c'est pourquoi notre Bulletin de Lois (*Statute Book*) nous a appris à dire que la Dette Nationale était due, non par la Couronne, mais par le « Public ». Or, ce Public a tout l'air d'une *Respublica* qui, par ménagement pour « certain grand personnage » aurait laissé tomber sa première syllabe (1). La rente est exactement payée à ceux qui ont confiance dans « la bonne foi du Public », bien que la relation existante entre « le sujet passif », c'est à dire leur débiteur le Public, et « le sujet actif », c'est à dire la Couronne à laquelle ils paient leurs impôts, ne soit fournie par aucune théorie satisfaisante. Il est possible qu'il y ait entre la Couronne et le Public un rapport de dépendance réciproque, chacun étant le *trustee* de l'autre; enfin il est possible qu'à présent il n'y ait pas grande différence entre le Public, l'État et la Couronne (2), et, si nous voulons apprécier pleinement l'œuvre du Trust, il nous faut quitter le domaine de la jurisprudence pour entrer dans celui des théories politiques ou constitutionnelles.

Au cours du dix-huitième siècle la maxime « tout pouvoir politique est un *trust* » devint un lieu commun parlementaire, et elle est maintenant un tel lieu commun que nous prenons rarement la peine d'y réfléchir. Mais elle a rendu des services (3). Dans la constitution anglaise,

(1) Dès 1697, on prend des dispositions en vue de « rétablir le crédit de la Nation sur de meilleures bases » (8 et 9 Will. III, c. 20, sect. 20). Ensuite ont lieu bon nombre d'opérations financières entre « le Public » et la Compagnie des Indes Orientales. Par exemple en 1786 « le Public est débiteur » envers la Compagnie de plus de quatre millions (Stat. 26 Geo. III. c. 62).

(2) Voir l'Acte du Parlement de 1887 sur les Pensions (Colonial Service) sect. 8 : « Par le présent Acte la même signification est reconnue aux expressions « service civil permanent de l'État », « service civil permanent de Sa Majesté », et « service civil permanent de la Couronne ».

(3) A l'époque où l'on écrivait ces mots, un des principaux Secrétaires d'État de Sa Majesté donnait à notre « *concept du trust* » une magnifique extension. Le gouvernement de Sa Majesté, répétait-il, est un *trustee* pour tout l'Empire. Déjà Locke, dans son *Essay on Civil*

cette maxime, appliquée au pouvoir du roi, a peu à peu relâché cette corde royale que le Droit Divin et la Religion d'État avaient tendue presque au point de la faire éclater. Faire du roi un *trustee* pour le compte de son peuple était beaucoup plus facile et plus conforme à l'esprit anglais que de l'appeler officier, dignitaire, fonctionnaire, ou même premier magistrat. Cela permettait aussi de suggérer l'idée d'un devoir, dont l'accomplissement, s'il n'était pas imposé par le « droit strict », pouvait l'être par la « conscience » car il n'était pas interdit d'admettre que Dieu lui-même fût l'auteur de ce trust. L'idée du trust était en effet extrêmement élastique, et nous connaissons une grande variété de trusts, depuis ceux qui confèrent les pouvoirs discrétionnaires les plus étendus jusqu'à ceux qui ne représentent que des droits tout théoriques et improductifs. Cette idée que le roi jouait le rôle d'un *trustee* a permis bien des choses. et même l'euthanasie de la monarchie, c'est-à-dire la mort civile du « gouvernement personnel ». Et le Commonwealth jadis proscrit nous est revenu d'Australie en 1900, purifié du régicide dont il s'était rendu coupable, (1) et a été légalement reconnu (*inlawed*) par un Acte du Parlement. Des légistes adroits et surtout familiarisés avec les « trusts pour le compte de corps non incorporés » (*trusts for unincorporate bodies*), peuvent encore exécuter d'extraordinaires tours de prestidigitation avec une couronne et une corbeille (*fiscus*); mais, malgré leurs efforts, l'idée qu'avait Bracton quand il parlait de *l'universitas regni* (2) finira sans doute par

Government (e. g. sect. 142, 149) parle beaucoup du *trust* et du *breach of trust*. Le bénéficiaire du *trust* (*cestui que trust*), qui veut le faire respecter, n'étant pas nécessairement ni même normalement le *trustor* ou créateur du *trust*, Locke introduit la théorie du *trust* dans son ouvrage pour masquer quelques-uns des points faibles de la théorie contractuelle du gouvernement.

(1) Allusion à l'exécution de Charles Ier (Note du Trad.)

(2) Bracton, f. 171 *b*.

s'introduire dans les actes juridiques. « La couronne, disait Coke, est un symbole juridique » (*an hieroglyphic of the laws*) (1). Un historien réaliste nous dirait que cette façon de symboliser des dignités et des droits de souveraineté, et d'élever des couronnes et des corbeilles au rang de personnes, est le produit naturel d'une théorie qui ne reconnaît de personnalité réelle et de volonté réelle qu'aux individus du genre *homo* (par exemple aux partisans du roi Jacques ou du roi Charles), et qui cependant est obligée de trouver un procédé quelconque pour exprimer, si imparfaitement que ce soit, la continuité de la vie de l'État. Nous ne nous disputerons pas, pourrait-il ajouter, à propos de ces dénominations. Libre à vous de désigner sous le nom de Couronne, dans votre Bulletin des Lois (*Statute Book*), ce que, dans vos journaux, vous désignerez sous le nom d'Empire; mais avouez que c'est bien à une puissante personnalité que vous pensez quand vous parlez d'un symbole, ou d'une *persona ficta*, ou d'un nom collectif.

Progrès de la Théorie du Réalisme. — Si maintenant nous revenons à la Théorie de la Concession, il nous faut remarquer qu'en Allemagne elle est bien déchue de sa grande fortune d'autrefois; les Romanistes l'abandonnent (2); elle cède devant des lois analogues à l'Acte du Parlement Britannique de 1862, mais moins remarquables par leur hardiesse que cette « Grande Charte des entreprises coopératives » (3) qui a permis à « toute association de sept personnes ou plus, formée en vue d'un objet licite » d'acquérir facilement la forme corporative et la personnalité juridique. On ne peut plus guère

(1) Calvin's Case, 7 Rep. 11 *b*.

(2) Windscheid, *Pandekten* § 60; Dernburg, *Pandekten*, § 63; Regelsberger, *Pandekten*, § 78. Voir aussi Mestre, *Les Personnes Morales*, pp. 197 et suiv.

(3) Palmer, *Company Law*, p. 1.

soutenir que l'État fait des corporations, à moins que ce ne soit de la même façon qu'il fait des mariages, quand il permet le mariage aux gens qui le désirent, à la condition formelle qu'ils aillent à l'église ou au bureau de l'état civil (*registry*). L'âge n'est plus où les corporations étaient créées par l'intervention d'un «privilège». D'après les constitutions de plusieurs États de l'Amérique, c'est seulement par le moyen de lois générales que le législateur peut appeler des corporations à l'existence (1), et en Angleterre le terme « *Chartered* » est pris maintenant dans un sens très particulier (2). Bien plus, beaucoup de juristes étrangers arrivent à cette conclusion, qu'à notre époque de libre association les tribunaux sont à peu près obligés de considérer comme une corporation, au moins d'une manière rétrospective, tout groupe qui se comporte de la même façon qu'une corporation. C'est intentionnellement, admettons-le, ou par négligence, qu'on a omis l'acte d'enregistrement par lequel ce groupe aurait acquis une personnalité juridique incontestable. Il n'en a pas moins fait des affaires de la même manière qu'une corporation, et des tiers ont fait des affaires avec lui dans la croyance qu'il était bien ce qu'il paraissait être. On déclare donc nettement que dans un cas comme celui-là on commettra une injustice si l'on ne considère pas que l'état de fait suffit pour constituer une corporation, et des tribunaux américains se sont avancés à grands pas dans cette voie (3). Quand un groupe est organisé d'une façon permanente, comme une *trade-union* dont les biens sont administrés par des *trustees*, il paraît fort douteux que sous un prétexte de procédure,

(1) Morawetz, *Private Corporations*, §§ 9 et suiv.; Dillon, *Municipal Corporations*, § 45.

(2) Par exemple pour les grandes Compagnies à Charte des colonies anglaises en Afrique. (Note du Trad.).

(3) Pour la manière dont il faut traiter ces « sociétés *de facto* », voir Taylor, *Private Corporations*, §§ 154 et suiv.; Morawetz, §§ 735 et suiv.

à savoir qu'il n'a pas d'existence « aux yeux de la loi », il puisse échapper aux conséquences des atteintes portées à la loi par des actes ou des ordres qui, suivant le langage courant, sont « les siens ». Il se trouve apparemment en Allemagne des lunettes qui permettent aux juristes de voir une personnalité partout où existe un corps social, et nous paraissons toucher à une époque où l'idée de « création particulière » paraîtra aussi périmée dans le Droit corporatif qu'elle l'est déjà en zoologie. Quel que soit notre sentiment à cet égard, il est certain que la Théorie de la Concession a reçu congé, et elle peut entraîner toute la Théorie de la Fiction avec elle.

La responsabilité des corporations. — La question des délits, des torts et des crimes des corporations a naturellement été un des points brûlants de ce long débat. Des esprits sérieux éprouvent quelque répugnance à attribuer une intention frauduleuse ou autre à un être inanimé comme la *persona ficta*. Le Droit donnerait de mauvais exemples, si les fictions qu'il crée étaient disposées à la fraude. Mais, en dépit des expressions assez claires du Digeste, et en dépit de la haute autorité du grand pape Innocent, l'habitude d'attribuer aux communautés la responsabilité de leurs délits était, d'après M. Gierke, trop profondément enfoncée dans l'esprit allemand pour qu'on pût la déraciner. L'autorité de Savigny lui-même fut battue en brèche quand vint l'époque des accidents de chemin de fer. En Angleterre aussi on est forcé de temps en temps de mettre la théorie en doute, mais ce doute est bientôt étouffé sous le poids de la tradition, tandis qu'en Amérique c'est la vieille arme du *quo warranto*, forgée autrefois pour recouvrer les droits royaux sur les barons féodaux, qui est maintenant assénée sur la tête des sociétés anonymes aux tendances monopolisatrices. Quand un juge américain brandit cette épée pour dissoudre une corporation, il n'use pas de ce

pouvoir discrétionnaire dont Savigny eût admis l'exercice en matière administrative; il emploie le langage du droit pénal; il peut même dire qu'il prononce une sentence de mort, et il fera éclater son indignation contre le coupable qu'il a devant lui (1).

Il est cependant digne de remarque que dans ce domaine les Anglais ont pu glisser sur une question qui ailleurs prend une grande importance : celle de savoir si la corporation « elle-même » peut agir d'une façon illicite ou même agir d'une façon quelconque. Ils ont été aidés à surmonter cette difficulté par le fait que la règle de la responsabilité de l'employeur a pris chez eux une extrême extension, qui est d'ailleurs regardée par certains de leurs voisins avec des yeux d'envie. Si une personne au service de Titulus commet un dommage dans l'exercice de ses fonctions, (*within the scope of his employment*), Titulus est tenu pour responsable. Si nous remplacons Titulus par une corporation, c'est elle qui sera responsable. Les choses étant ainsi, un Anglais peut dire que « naturellement » une corporation serait responsable si l'acte dommageable était exécuté ou prescrit par son conseil d'administration ou par l'assemblée générale de ses membres. Que dans ce cas l'acte soit commis par la corporation « elle-même », c'est ce que nous pouvons soit affirmer, soit nier, sans que cela ait grande importance, car en tout cas cet acte pourrait être représenté comme celui d'un agent ou d'un serviteur dans l'exercice de ses fonctions. Que la réalité réponde à l'image d'après laquelle l'assemblée générale et le conseil d'administration seraient des agents ou des serviteurs d'un Inconnaissable quelconque (qui n'a pu les choisir ni les nommer), c'est ce dont nous n'avons guère besoin de nous enquérir, puisque notre conclusion n'en peut être

(1) Voir par exemple les paroles solennelles de Finch, J. (*in* People *versus* North River Sugar Refining C°, 1890); Jer. Smith, *Select Cases on Private Corporations*, II, 944.

affectée. Telle est l'heureuse situation dans laquelle nous nous trouvons en Angleterre. Mais le Droit Romain, partout où il a été reçu, a posé tout d'abord la règle que la responsabilité du maître, en ce qui concerne les actes qu'il n'a pas commandés, est entièrement dégagée, surtout lorsqu'il n'a pas montré de négligence dans le choix de son serviteur. Par suite, si le conseil d'administration d'une compagnie a commis un dommage, par exemple a fait une publication diffamatoire, la manière dont on envisagera le cas sera très importante. La corporation sera responsable si nous disons qu'elle a agi elle-même par l'intermédiaire de ses organes, comme un homme agit par l'intermédiaire de son cerveau et de ses mains ; mais le résultat pourra être très différent si nous ramenons les administrateurs au rang d'agents et de serviteurs. Par conséquent les champions de l' « idée organique » n'ont pas lutté pour une simple question de mots ; et maintenant le mot « organe » se trouve dans le Code Civil allemand. Ce n'est pas là un médiocre triomphe pour le Réalisme (1).

La Personnalité de l'Etat et de la Corporation. — Si la théorie de la Personnalité collective et de la Volonté collective (*Group Person and Group Will*) doit un jour dominer la jurisprudence universelle, ce ne sera pas sans une longue lutte, comme les partisans de cette théorie le reconnaîtraient eux-mêmes. Nous venons seulement d'effleurer les limites d'une région dans laquelle se trouve la principale place forte de l'adversaire. De profondes convictions se sont exprimées dans l'ancien dicton — dont la substance et aussi vieille que Johannes Andreae — d'après lequel le corps politique n'a pas à craindre d'expiation dans l'autre monde. Nous avons beau parler

(1) *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 32. Le mot « organe » était employé depuis un certain temps par les juristes et les tribunaux de l'Allemagne. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 614.

des « péchés nationaux », de la « conscience nationale », et employer d'autres expressions semblables, il n'en est pas moins vrai que l'immunité (réelle ou supposée), fait tacitement admettre l'impeccabilité, et, pour bien des gens, c'est seulement lorsqu'ils seront convaincus que les États et les corporations peuvent pécher qu'ils les reconnaîtront entièrement comme des personnes réelles douées d'une volonté réelle. Nous ne pouvons attendre que l'eschatologie dise son dernier mot, mais, même là où la jurisprudence est plus à l'aise, il y a bien des points contestables que nous devons passer sous silence. Cependant le caractère général du débat est digne de remarque. D'après les champions du Réalisme cette doctrine représenterait une tentative faite en vue de donner la précision scientifique et l'effet juridique à des façons de penser qui existent dans tous les esprits modernes, et dont la manifestation est toujours particulièrement vive dans le domaine politique. On pourrait nous engager à lire les articles de fond dans le journal d'aujourd'hui et à noter les idées dont se sert l'auteur : la volonté de la nation, l'esprit du corps législatif, la politique tranquille d'un État, les desseins ambitieux d'un autre, enfin l'éloge et le blâme qui sont décernés à toutes sortes de groupes. On pourrait nous prier de compter les lignes que notre journaliste peut écrire sans parler d'organisation. On pourrait nous inviter à considérer les critiques adressées par nos contemporains aux théories politiques et aux projets politiques de leurs prédécesseurs immédiats et à peser les reproches d'individualisme abstrait, d'atomisme et de macadamisation qu'ils leur adressent couramment. On pourrait nous demander si vraiment l'Empire Britannique a jusqu'à présent reconnu sans révolte un Souverain qui, bien loin d'être une véritable Unité, ne serait qu'une simple Multitude (un Nombre Souverain, suivant l'expression d'Austin), et si « le Peuple » (*the People*) qui intente les poursuites devant les

tribunaux américains est un simple nom collectif donné à un certain nombre de personnes vivantes, et un nom dont l'objet change à chaque minute. On pourrait nous renvoyer aux philosophes modernes, aux théories de l'un sur le tissu social, et de l'autre sur la volonté générale, c'est-à-dire la volonté réelle. Cela fait, on pourrait sans doute nous reprocher à bon droit d'être fort enclins à considérer tout cela comme une métaphore, métaphore qui peut être bonne et commode, mais qui relève du même principe que la personnification de l'océan et du navire, de l'orage et du pétrel. Cependant, diraient les Réalistes, c'est la langue des affaires et de la stricte logique juridique que nous parlons quand nous employons la Personnalité collective. Nous emmenons celle-ci dans les Palais de Justice et sur les marchés et elle résiste bien à cette épreuve. Si, quand elle représente l'État, elle nous apparaît dans une sphère élevée où nous n'y voyons peut-être qu'une forme nuageuse de la rhétorique ou du mysticisme, nous la suivons aussi dans des régions plus modestes, où nous pouvons la saisir, l'examiner et même la soumettre à la vivisection. Par exemple, nous sommes obligés de poser des questions précises sur la limite inférieure de la vie collective (*group life*). A quel degré disparaît-elle? Voilà une question embarrassante, car en Allemagne la théorie des sociétés va presque jusqu'à établir une distinction entre la volonté collective (*group will*) et les différentes volontés de tous les sociétaires. Mais en somme nous estimons, et nous pouvons en donner les raisons, qu'en Angleterre la ligne de partage se trouve entre la société (*partnership*) et la société anonyme (*joint-stock company*).

Les personnes qui n'ont ni le goût ni le loisir de s'initier aux différentes théories allemandes sur les sociétés, les sociétés anonymes et les communes, n'en reconnaîtront pas moins la nécessité de lier étroi-

tement les théories de l'État et les théories de la Corporation. En effet, puisque l'individualisme dissout la société anonyme et ne laisse que les actionnaires qui en sont les éléments, il n'est pas probable qu'il s'arrête dans cette voie, et, si l'on veut mettre hors de conteste la volonté réelle de l'État, il faut reconnaître aussi à d'autres groupements le droit d'avoir leur volonté propre. De là vient la valeur d'une théorie qui tâche de s'étendre à ces différentes domaines. On ne peut dire davantage sans en dire beaucoup plus, mais on espère en avoir dit assez pour permettre aux personnes qui liront les pages suivantes de M. Gierke de comprendre la place que celles-ci occupent dans un ouvrage d'ensemble sur l'histoire et la doctrine du « Droit Corporatif Germanique ». Il faut admettre que nous avons suivi l'itinéraire de M. Gierke, c'est-à-dire que nous avons commencé par parcourir l'histoire de tous les groupements germaniques, depuis le premier jusqu'au dernier ; nous sommes ensuite revenus sur nos pas pour étudier les façons de penser qui se trouvaient implicitement contenues dans le statut des associations (*Group Law*) de l'Allemagne du Moyen Age ; puis, arrivés à la veille de la Réception du Droit Romain, nous avons fait porter notre enquête sur la genèse et sur les aventures de cette savante théorie des Corporations qui allait passer les Alpes ; nous nous sommes donc rendus au milieu des philosophes grecs, des jurisconsultes romains, des Pères de l'Église, et nous avons passé beaucoup de temps en Italie avec les canonistes et les légistes. Nous sommes maintenant sur le point de revenir à l'Allemagne du seizième siècle pour assister à la réception de cette théorie ainsi qu'à ses bons et à ses mauvais effets, quand M. Gierke insère un rapide mais précieux exposé des théories politiques (ou plutôt « publicistes ») du Moyen Age, théories qui, comme il le fait remarquer, ont de nombreux points de contact avec le thème principal de son ouvrage.

Les personnes qui vont lire cet exposé n'ont pas à craindre d'y rencontrer beaucoup de jurisprudence technique. A vrai dire, c'est pour expliquer le contexte, plutôt que le texte, de ce chapitre extrait d'un grand ouvrage, qu'a été écrit tout ce qui, dans cette introduction, concerne le Droit Corporatif et les *Genossenschaften* germaniques. M. Gierke traite avec soin les sujets qui s'imposent à l'attention d'un historien des théories politiques, comme le développement des doctrines nettement monarchiques ou nettement démocratiques, mais certains lecteurs anglais seront surpris de voir la vivacité avec laquelle notre auteur juge certaines théories dès qu'il s'agit de savoir si les États, les souverains et les peuples peuvent être considérés comme des « sujets » de pouvoirs, de droits et de devoirs. Ainsi l'incapacité de saisir la personnalité de l'État apparaît chez les théoriciens du Moyen Age comme un défaut capital, dont on peut prévoir avec vraisemblance les conséquences désastreuses pour l'époque postérieure. De plus, bien qu'on puisse donner l'explication et même montrer la nécessité de la direction prise par le courant des théories politiques lorsqu'il sort des défilés du Moyen Age dans la plaine ensoleillée des temps modernes, M. Gierke ne considère pas cette direction comme définitive. Le fleuve a beau devenir de plus en plus puissant, profond et clair lorsqu'il coule vers le Léviathan et le Contrat Social, son cours tracé depuis des siècles doit encore passer de l'organisation naturelle à la construction artificielle, de la biologie à la dynamique, du régime corporatif au régime de l'obligation contractuelle, et, peut-on ajouter, des pays germaniques à la Cité Éternelle. On comprendra donc que les façons d'envisager le Droit et la Souveraineté qui ont été répandues par John Austin en Angleterre soient considérées par M. Gierke comme appartenant à un autre âge. Pour lui la Souveraineté est un attribut, non de quelque partie de l'État, mais de la *Gesammtperson*,

c'est-à-dire de toute la communauté organisée. Pour lui il est aussi impossible de faire de l'État l'antécédent logique du Droit (*Recht*), que de faire du Droit l'antécédent logique de l'État, puisque chacun existe dans l'autre, pour lui et par lui. Nous n'avons rien à dire ici de ces doctrines, mais rappelons-nous que si l'idée du *Rechtsstaat* (1), qui soulève tant de discussions en Allemagne, nous paraît étrange et obscure, c'est peut-être parce que notre existence ne nous a pas fait connaître par la pratique un *Polizeistaat* ou un *Beamtenstaat*. Certains critiques nous diraient sans doute que le temps est passé où nous pouvions nous permettre d'adopter des théories d'une logique spécieuse, mais fragile, parce que nous savions qu'elles ne seraient jamais mises à une rude épreuve. Et sans doute on nous donnerait encore cet avertissement, que désormais, moins nous parlerons de la nature de ce pouvoir absolu, supérieur aux lois et même au droit, qui se trouve concentré au Parlement de Westminster dans un seul organe d'un *Commonwealth* dont la complexité s'accroît toujours ,et mieux cela vaudra pour l'avenir de ce *Commonwealth*.

III. — Terminologie et Bibliographie

La traduction de l'ouvrage d'un juriste allemand ne peut jamais être faite avec une exactitude parfaite. Pour en prendre l'exemple le plus immédiat, le mot *Recht* n'équivaut jamais tout à fait au mot *Right* ou au mot *Law*. J'ai essayé d'éviter les termes qui ne sont pas courants. Pour cette raison, j'ai souvent écrit le mot de *politique* quand j'aurais préféré celui de *publicistique*.

(1) Peut-être l'équivalent anglais du *Rechtsstaat* serait-il le Règne du Droit (*Reign of Law*). Mais tous les théoriciens n'admettraient pas que la suprématie du Droit existe en Angleterre, où l'État (ou la couronne) ne peut être tenu de répondre devant les tribunaux des préjudices qu'il commet. (Note du Trad.)

D'autre part je ne pouvais représenter la théorie de notre auteur sans employer le mot *Sujet* de la même façon que les juristes et les publicistes allemands (1). Il y a encore une difficulté particulière à traduire l'adjectif allemand *naturrechtlich*. En effet il peut être appliqué à une doctrine sans que celle-ci dépende du Droit Naturel ni même qu'elle ait le Droit Naturel pour objet, et une longue périphrase aurait probablement dit plus ou moins que M. Gierke n'en avait l'intention (2). On remarquera, dans son exposé historique, comment il fait valoir le contraste des façons de penser propres au Moyen Age et des idées « antiques-modernes ». Celles-ci sont les idées qui procèdent de l'Antiquité Classique et qui deviennent modernes après s'être combinées avec quelques éléments nouveaux ajoutés par le Moyen Age. Je n'ai pu les désigner par aucun autre nom que celui que M. Gierke leur a donné : il faut les appeler « antiques-modernes. » Même si je le pouvais, je ne voudrais pas faire oublier au lecteur que l'ouvrage qu'il a devant lui est, non seulement d'un juriste allemand, mais encore d'un des maîtres des Germanistes.

Quelques-uns des traités auxquels renvoient les notes de M. Gierke ont été réédités depuis 1881, date de la publication de son ouvrage. Le principal événement de ce genre est, je crois, la publication dans les *Monumenta Germaniae* des nombreux pamphlets que provoqua la Querelle des Investitures. Nous y assistons aux débuts de la formation des théories du pape et de l'empereur

(1) Voir ci-dessus page 22, note I.

(2) Quand, par exemple, M. Brunner (v. Holtzendorff, *Encyklopädie*. ed. 5, p. 347) mentionnait « *die naturrechtlichen Theorien Benthams und Austins über den radikalem Beruf des Gesetzgebers* », il n'accusait pas Bentham et Austin de croire à ce qu'ils auraient consenti à appeler le Droit Naturel. La science de la Jurisprudence générale qui devait mettre en lumière les principes « nécessaires », et dont Austin exposait le projet (p. 1108) eût sans doute ressemblé beaucoup à un système de *Naturrecht*.

sur le Droit Public (1). Mais il m'a semblé qu'il était moins dangereux de reproduire les références données par M. Gierke que d'entreprendre de leur en substituer d'autres. Parmi les nouveaux matériaux à employer se trouve le traité, extrêmement intéressant et étonnamment hostile au pape, qui fut rédigé vers l'an 1100 par un anonyme, chanoine de York et évidemment Normand de naissance; il prend chaudement parti pour le roi d'Angleterre dans la Querelle des Investitures, et écrit des phrases que Marsile de Padoue et Wyclif n'auraient pas désavouées. Mais nous pouvons lire ce que Böhmer en dit dans son histoire : « l'Église et l'État en Angleterre et en Normandie » (2) qui est excellente et facile à trouver. J'aurais pu être tenté d'ajouter quelques notes sur des publicistes anglais, si je n'avais du faire ce travail loin de toute bibliothèque (3). J'aurais pu insérer quelques références à Richard Fitz Ralph, au poème de Lewes, à Sir John Fortescue et aux livres de Droit Anglais, Mais sans doute les œuvres de M. Poole (4), de M. Kingsford (5) et de M. Plummer (6), sont dans les mains de toutes les personnes qui s'intéressent, en Angleterre, aux théories politiques du Moyen Age; quant à Jean de Salisbury et Guillaume d'Occam

(1) *Libelli de lite imperatorum et pontificum*, 3 vols., 1891-2-7. Voir Fisher, *The Medieval Empire*, II, 57.

(2) Böhmer, *Kirche und Staat in England und in der Normandie*, Leipzig, 1899, pp. 177 et suiv.

(3) Pendant un des séjours de la santé de M. Maitland l'obligea à faire dans le midi (Note du Trad.)

(4) On trouvera une grande partie du traité de Fitz Ralph (Armachanus) dans l'édition que M. Poole a faite de l'ouvrage de Wyclif, *De Dominio divino* (Wyclif Society, 1890). Voir aussi, de M. Poole, ses « *illustrations of the History of Medieval Thought* », 1884.

(5) Kingsford, *The Song of Lewes*, 1890.

(6) Plummer, *Fortescues Governance of England*, 1885. Il sera à peine nécessaire de dire aux lecteurs anglais que l'ouvrage de Creighton : *History of the Papacy*, fait bien connaître les buts pratiques et les projets. de quelques-uns des publicistse du Moyen Age. Le travail de M. Jenks : *Law and Politics in the Middle Ages* (1898) mérite également l'attention

— qui appartiennent moins à l'Angleterre qu'à l'État mondial (*World-State*) — M. Gierke paraît leur avoir amplement rendu justice; je ne connais guère d'objections, sauf d'insignifiantes, qui puissent être faites à la justesse de ses idées générales (1); et je n'ai pas eu d'autre but que de lui procurer le public auquel il a droit. J'espère que, grâce à moi, quelques-unes des personnes qui étudient l'histoire, le droit et les théories politiques du Moyen Age et des temps modernes se décideront à entrer elles-mêmes dans l'intimité de ses œuvres (2).

F. W. Maitland.

(1) Quand l'idée de l'État universel gouverné par l'Empereur apparaît en Angleterre, c'est généralement après avoir subi une importante modification; elle apparaît comme la notion que, d'une façon ou d'une autre, le roi d'Angleterre est un Empereur, ou qu'il remplace un Empereur. Henri Ier était Gloriosus Caesar Henricus : *Leg. Hen. Prim. pref. Bracton*, f. 5 *b*; Bracton and Azo (Seld. Soc.), p. 57. Rishanger, *Chron. et Ann.* (Rolls Ser.), p. 255 : discours de l'évêque de Byblos : *dominus Rex hic censetur imperator*. Rot. Parl. III, 343 : Richard II est « entier Emperour de son Roialme ». D'autre part, voir l'étrange livre intitulé *Mirror of Justices* (Seld. Soc.), pp. XXXIV, 195.

Henri VIII revendique la dignité impériale dans les termes suivants : « *Where by divers sundry old authentic histories and chronicles it is manifestly declared and expressed that this realm of England is an Empire, and so hath been accepted in the world, governed by One supreme Head and King having the dignity and royal estate of the Imperial Crown of the same...* » (Cité par F. W. Maitland, *Collected Papers*, III, 248).

(2) Je dois mes remerciements, pour bien des indications précieuses, à M. J. N. Figgis, dont on connaît les essais sur le Droit Divin des Rois (1896) et sur la Politique au Concile de Constance (*Transactions of the Royal Historical Society*, N. S. XIII, 108). Ayant dû, en 1899, passer quelque temps hors d'Angleterre, j'ai entrepris cette traduction, que le Professeur Henri Sidgwick m'encourageait à faire. Quels encouragements il savait donner, ses élèves se le rappellent maintenant avec regret.

BIBLIOGRAPHIE

I. — LES PUBLICISTES DU MOYEN-AGE

XIe SIÈCLE

1. — PETRUS DAMIANI (né vers 990, mort 1072). Opera : ed. Migne, Patrologiae Cursus Completus, Tom. 145. [Voir aussi Libelli de Lite (Mon. Germ.) 1., pp. 15 et suiv.]

2. — GRÉGOIRE VII (Pape de 1073 à 1085). Registrum; collection de ses lettres que, suivant Jaffé, il aurait réunies lui-même en 1081; ces lettres, ainsi que d'autres connues par ailleurs, ont été éditées par Jaffé, Bibliotheca rerum Germanicarum, II. (Monumenta Gregoriana, Berol. 1865); et par Migne, Tom. 148.

3. — HENRI IV (régna de 1053 à 1106). Lois et ordonnances, éditées dans les Monumenta Germaniae, Leges II., pp. 14 et suiv.

4. — PETRUS CRASSUS Cardinalis. Plainte rédigée contre Grégoire VII, à l'usage du Synode tenu à Brixen le 25 juin 1080 : dans Sudendorf, Registrum, Jenae, 1849, 1., pp. 22-50; comparer avec l'édition de Ficker, Forschungen, IV, pp. 106-124. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) I. 432 et suiv.]

5. — WENRICH DE TREVES, scolastique. Epistola ad Gregorium VII Papam, d. a. 1083; dans Martène, Thesaurus Novorum Anecdotorum, I., pp. 214-230. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) I., pp. 280 et suiv.]

6. — Manegold de Lautenbach. Libelle écrit contre Wenrich en 1085 (comp. P. Erwald, dans Forsch. zur Deutsch. Gesch. vol. 16, pp. 383-385); extraits cités par Floto, Heinrich IV., vol. II, pp. 299-303, et communication faite par v. Giesebrecht, Magister Manegold v. Lautenbach, Sitzungsberichte der Bair. Akad. 1868, II., pp. 297-326. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) I., pp. 301 et suiv.]

7. — Wido Episcopus Ferrariensis. De Scismate Hildebrandi; écr. en 1085 (d'après l'étude la plus récente : K. Panzer, Wido v. Ferrara de scismate Hilde. brandi, Leipz. 1880); ed. Wilmans dans Mon. Germ- Scriptores XII., pp. 148-179. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) I., pp. 529 et suiv.]

8. — Walram Episcopus Naumburgensis. De unitate ecclesiae conservandae; écr. en 1093; publ. par S. Schard, De jurisdictione auctoritate et praeeminentia imperiali ac potestate ecclesiastica, Basil. 1566, pp. 1-126. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) II., pp. 285 et suiv.]

9. — Lettre des Cardinaux schismatiques contre les décrets du Pape Grégoire VII; écr. en 1095; dans Sudendorf, loc. cit. II., nº 34 pp. 45-90.

10. — Deusdedit Cardinalis (mort en 1099). Contra invasores et simoniacos et reliquos schismaticos; dans Mai, Nova P. P. Bibl. VII., pars ult. pp. 77-111; (Migne, loc. cit. Tome 150 pp. 1569-1572, n'en a publié qu'un extrait très incomplet). [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) II., pp. 292 et suiv.]

11. — Goffredus abbas Vindocinensis (mort en 1132). Opera omnia; dans Migne, loc. cit. Tom. 157. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) II., p. 676].

12. — S. Anselmus Cantuariensis archiepiscopus (1033-1109). Opera omnia; dans Migne, loc. cit. Tome 158-159.

13. — Ivo Carnotensis episcopus (mort en 1115). Opera omnia; dans Migne, loc. cit. Tomes 161-162; les Epistolae dans le Tome 162. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) II., pp. 640 et suiv.]

XIIe SIÈCLE

14. — Sigebert de Gembloux. Défense de l'Église de Liège contre Pascal II en 1103; dans Jaffé, Bibl. rer. Germ. V. 201 et suiv.; et dans Schard, loc. cit. pp. 127-141. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) II., 436 et suiv.]

15. — Tractatus de investitura episcoporum per imperatores facienda; écr. en 1109, et, suivant Bernheim, Forsch. zur Deutsch. Gesch., vol. 16, pp. 281-295, composé dans le diocèse de Liège; éd. par Schard (qui l'attribue à Walram), loc. cit. pp. 711-717, et par Kunstmann dans Tübing. Théol. Quartalschrift de 1837. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) II., pp. 495 et suiv.]

16. — Hugo floriacensis. Tractatus de regia et sacerdotali dignitate; écrit entre 1100 et 1106; éd. dans Stephani Baluzii Miscellaneorum liber quartus, Paris 1683, pp. 9-68.

17. — Honorius Augustodunensis (mort bientôt après 1152). Summa gloria de Apostolico et Augusto sive de praecellentia sacerdotii prae regno; dans Migne, Tome 172, pp. 1257-1270. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) III, pp. 29 et suiv.]

18. — Hugo de S. Victore (mort en 1141). Opera omnia; dans Migne, loc. cit. Tomes 175-177.

19. — S. Bernhardus abbas Clarevallensis (1091-1153). Opera omnia; dans Migne loc. cit. Tom. 182-186 (Nov. ed. Paris 1879) : surtout les Epistolae (Tome 182 pp. 67 et suiv.), dont celles adressées à l'Empereur Lothaire et au Roi Konrad se trouvent aussi dans Goldast, Monarchia Romani Imperii, Hanov. 1612, II pp. 66 et suiv.; et le libelle De consideratione libri V ad Eugenium III Papam, loc. cit. Tome 186, pp. 727 et suiv. (dans Goldast loc. cit. pp. 68 et suiv.)

20. — Gerhohus Reicherspergensis (1093-1169). Opera omnia; dans Migne, loc. cit. Tomes 193-194. [Voir Libelli de Lite (Mon. Germ.) III., pp. 131 et suiv.]

21. — S. Thomas Cantuariensis archiepiscopis (Thomas Becket, 1116-1170). Opera omnia; dans Migne, loc. cit., Tome 190.

22. — Johannes Saresberiensis (1120-1180). Opera omnia; dans Migne, Tome 199; ces œuvres comprennent les Epistolae, pp. 1 et suiv.; et le Polycraticus, ann. 1159, pp. 385 et suiv.; pour ce dernier on a employé ici l'édition « Polycraticus sive de nugis curialium et vestigiis philosophorum libri octo, Lugd. Bat. 1639. »

23. — Frédéric I (régna de 1152 à 1190). Lois et ordonnances, dans les Monumenta Germaniae, Leges II., pp. 89 et suiv., et dans Boehmer, Regesta Imperii; ses jugements sont rapportés par Wibald et Otto de Freisingen.

24. — Wibald de Stablo et Corvey. Epsitolae; dans Jaffé, Monumenta Corbeiensia, Berol. 1864.

25. — Écrits des Arnoldistes, dans le Livre des Concepta de Wibald, reprod. par Jaffé, loc. cit.

26. — Otto Frinsingensis (né au plus tôt en 1111, mort en 1158). Chronicon; composé entre 1143 et 1146; dans les Monumenta Germaniae, Scriptores, XX., pp. 131 et suiv. — Gesta Friderici (jusqu'en 1156) avec la continuation par Ragewin (jusqu'en 1160) ib., pp. 351 et suiv.

27. — Alexandre III (Pape de 1159 à 1181). Opera; dans Migne, loc. cit. Tome 200.

28. — Petrus Blesensis (mort en 1200). Opera omnia; dans Migne, loc. cit. Tome 200.

29. — Petrus Blesensis junior (neveu du précédent) Opusculum de distinctionibus sive Speculum juris canonici, ed. Reimarus, Berol. 1837; écr. vers 1180.

30. — Innocent III (Pape de 1198 à 1216). Opera; dans Migne, loc. cit., Tomes 214-217; ces œuvres comprennent la collection de ses lettres (Tomes 214-216) et le Registrum super negotiis Romani Imperii (Tome 216, pp. 995 et suiv.)

31. — PHILIPPE DE SOUABE (régna de 1198 à 1208) et OTHON IV (régna de 1198 à 1218), dans les Monumenta Germaniae, Leges II., pp. 201 et suiv.

XIIIe SIÈCLE

32. — FRÉDÉRIC II (régna de 1211 à 1250), dans les Monumenta Germaniae, Leges II., pp. 223 et suiv.; dans P. Huillard-Bréholles, Historia diplomatica Frédérici II., Paris, 1859 et suiv.; et dans Pierre de la Vigne.

33. — PETRUS DE VINEIS (Chancelier de Frédéric II). Epistolae, Basil. 1566. Comp. P. Huillard-Bréholles, Vie et correspondance de Pierre de la Vigne, Paris 1865.

34. — EIKE VON REPGOW dans le Sachsenspiegel (entre 1224 et 1235), publ. par Homeyer, 3e éd. 1861.

35. — POÈTES ALLEMANDS de l'époque des Hohenstaufen; citations réunies par Hőfler, Kaiserthum und Papstthum, Prague, 1862, pp. 105 et suiv.

36. — GRÉGOIRE IX (Pape de 1227 à 1243). Décrétales, dans le Corpus juris canonici; et Lettres, dans Raynald, Annal., eccl. vol. XIII.

37. — INNOCENT IV (Pape de 1243 à 1254). Décrétales, dans le Corpus juris canonici; et Lettres, dans Raynald, loc. cit.

38. — ALEXANDER HALENSIS (mort en 1245). Summa theologica; Col. 1622.

39. — S. THOMAS AQUINAS (mort en 1274). Opera omnia; éd. Anvers 1612 et Parme 1852-1872. — Summa Theologiae; éd. Migne, Paris 1864; éd. Anvers vol. X-XII; éd. Parme vol. 1—IV. — Summa de veritate fidei contra gentiles; éd. Uccellius, Romae, 1878; éd. Anvers, vol. IX.; éd. Parme, vol. V. — In quattuor libros Sententiarum magistri Petri Lombardi Comment.; éd. Anvers, vol. VI-VII; éd. Parme vol. VI-VII. — Quaestiones disputatae et Quodlibetanae s. Placita; éd. Anvers, vol. VIII;

éd. Parme, vol. VIII-IX. — Expositio sur les Psaumes, éd. Anvers, vol. XIII. — Commentarius in Epistolas omnes Pauli; éd. Anvers, vol. XVI. — Commentaire sur l'Ethique d'Aristote, éd. Anvers, vol. V; éd. Parme, vol. XXI., pp. 366 et suiv. (c'est à cette édition que se rapportent les n^os^ des pages citées.) — Opuscula omnia theologica et moralia, Paris 1656; (dans éd. Anvers, vol. XVII, dans éd. Parme, vol. XV-XVI). — En particulier, Opusc. I contra errores Graecorum. — Opusc. 34, pp. 534 et suiv. (ou Opusc. 19) contra impugnantes religionem. — Opusc. 40, pp. 843 et suiv. (ou Opusc. 21) de regimine Judaeorum ad Ducissam Brabantiae. — Opusc. 39, pp. 764 et suiv. (dans éd. Anvers Opusc. 39, f° 160 v°, dans éd. Parme vol. XVI, pp. 224 et suiv.) de regimine principum ad regem Cypri; inachevé, puisque seuls le livre I et le livre II, c. 1-4, sont de Thom. Aq. la suite étant l'œuvre de Ptolémée de Lucques. — Voir Baumann, die Staatslehre des heil. Thomas v. Aquino, Leipz. 1873. Nic. Thoemes, Commentatio literaria et critica de S. Thomae Aquinatis operibus ad ecclesiasticum, politicum, socialem statum « reipublicae Christianae » pertinentibus deque ejus doctrinae fundamentis atque praeceptis, Berol. 1874.

40. — Vincentius Bellovacensis (mort en 1274 ou 1264). Speculum doctrinale, lib. VII-XI.; éd. Duaci, 1624.

41. — Schwabenspiegel (écr. vers 1275), éd. Lassberg, 1840.

42. — Jordanus d'Osnabruck. De praerogativa Romani imperii; écrit vers 1281, probablement en 1285; éd. par Waitz dans les Abhandlungen der Kön. Gesellschaft der Wiss. zu Göttingen, vol. 14, pp. 43 et suiv.

43. — Aegidius Romanus Colonna (1247-1315). De regimine principum libri III.; écrit après 1280; éd. par Simon Bevilaqua, Venise 1498. — De potestate ecclesiastica libri tres, d'après les indications et l'analyse de son contenu que donne F. X. Kraus,

Oesterr. Vierteljahrsschrift für Kathol. Theol. vol. I. (Vienne 1862), pp. 11 et suiv.

44. — Engelbert de Volkersdorf, abbé d'Admont (1250-1311). De regimine principum.; écr. sans doute après 1290; éd. Jo. Georg. Theophil. Huffnagl, Ratisbonae, s. a. — De ortu, progressu et fine Romani imperii, écr. sans doute entre 1307 et 1310; ed. Basil. 1553.

45. — Ptolomaeus de Lucca. De regimine principum; écrit après 1298, en continuation de l'ouvrage commencé sous ce titre par St Thomas d'Aquin.

46. — Dante Alighieri (1265-1321). De Monarchia libri tres; écr. vers 1300 (suivant Witte dès 1296-1299, suivant Wegele pas avant 1311-1313); ed. altera per Carolum Witte, Vindobonae, 1874.

47. — Boniface VIII (Pape de 1294 à 1303). Décrétales, dans le Corpus juris canonici, et Lettres, dans Raynald, loc. cit. vol. XIV.

48. — Rodolphe Ier (régna de 1273 à 1291). Adolphe (régna de 1292 à 1298), et Albert Ier (régna de 1298 1308), dans les Monumenta Germaniae, Leges II., pp. 382 et suiv., 459 et suiv., 466 et suiv.

XIVe SIÈCLE

49. — Johannes Parisiensis (mort en 1306). Tractatus de regia potestate et papali; écr. vers 1303; éd. dans Schard, loc. cit. pp. 142-224; dans Goldast, loc. cit. II., pp. 108 et suiv.

50. — Disputatio inter militem et clericum super potestate praelatis ecclesiae atque principibus terrarum commissa; écr. vers 1303, peut-être par Pierre Dubois; éd. dans Schard, loc. cit. pp. 677-687, Goldast loc. cit. I. 13 et suiv.

51. — Clément V (Pape de 1305 à 1314), dans le Corpus jur. can. et dans Raynald, loc. cit. vol. XV.

52. — Henri VII (régna de 1308 à 1313), dans les Monumenta Germaniae, Leges II., pp. 490 et suiv.

53. — Guilelmus Durantis junior (mort en 1328). Tractatus de modo celebrandi concilii et corruptelis in ecclesia reformandis; écr. entre 1308 et 1311; dans Tractatus universi juris, Venet. 1584, XIII. 1. pp. 154 et suiv.

54. — Landulfus de Colonna. De translatione imperii; écr. 1310-1320; éd. Schard, loc. cit. pp. 284-297, Goldast, loc. cit. II, 88 et suiv,

55. — L'Empereur Louis de Bavière (régna de 1314 à 1348), dans Boehmer, Regesta Imperii.

56. — Jean XXII (Pape de 1316 à 1334), dans Corpus jur. can. et dans Raynald ,loc. cit.

57. — Marsilius Patavinus de Maynardina (mort après 1342). Defensor pacis, composé entre 1324 et 1326. avec l'aide de Jean de Jandun; éd. s. l. 1622; également éd. dans Goldast, II, 154-308.— Tractatus de translatione imperii; écr. en 1325 ou 1326; éd. dans Schard, loc. cit. pp. 224-237, Goldast, II, 147-153.

58. — Augustinus Triumphus de Ancona (1243-1328). Summa de potestate ecclesiastica; composé après 1324 suivant Riezler, et vers 1320 suivant Friedberg; ed. Romae ,1583.

59. — Petrus Paludanus (Patriarche de Jérusalem). De causa immediata ecclesiasticae potestatis; écr. vers 1329; d'après des citations de Raynald, loc. cit. ann. 1328, n°s 30-32 (vol. XV pp. 346 et suiv.) et Bellarmin, De scriptoribus ecclesiasticis, p. 271.

60. — Pierre Bertrand (Evêque d'Autun, plus tard Cardinal). De jurisdictione ecclesiastica et politica; écr. en 1329; éd. Goldast, loc. cit. II. 1261-1283.

61. — Guilelmus Occam (mort en 1347). Opus nonaginta dierum; écr. peu après 1330; éd. Goldast, loc. cit. II. 993-1236. — Compendium errorum Papae Johannis XXII.; écr. 1335-1338; éd. Goldast, II, 957-976. — Octo quaestiones; écr. 1339-1342; éd. Goldast, II. 314-391. — Dialogus; écr. en 1342 ou 1343, mais la IIe Partie était déjà composée en 1333 ou 1334; éd. Goldast, II. 398-957.

62. — Michael de cesena. Lettres de 1331, 1333, et une autre qui n'est pas datée (mais est probablement aussi de 1333), dans Goldast, II. 1236, 1238, 1244.— D'autres écrits, relatifs à la Querelle des Franciscains, ib. pp. 1291-1344.

63. — Alvarius Pelagius. De planctu ecclesiae; d'après un passage (II. art. 93 *in fine*), cet ouvrage fut commencé en 1330 et achevé en 1332 à Avignon, mais les derniers mots indiquent qu'il fut retouché une première fois en 1335 à Algarbia en Portugal, et une seconde fois en 1340 à Saint-Jacques de Compostelle; ed. Lugd. 1617.

64. — Documents relatifs aux Unions de Lahnstein et de Rense en 1338; dans Ficker, zur Gesch. des Kurvereins von Rense, Sitzungsber. der K. K. Akad. der Wiss. Bd. XI (1853), Beilagen, pp. 699 et suiv.

65. — Excerpta ex libro Nicolai Minoritae de controversia paupertatis Christi, dans Boehmer, Fontes IV. 588-608. — Là se trouvent les Articuli de juribus imperii et praelatorum ac principum, ad quos pertinet imperatoris electio, et de jure domini Ludovici IV imperatoris, de 1338, pp. 592 et suiv. — Traité de 1338, pp. 598 et suiv. — Opinions de Bonagratia de Bergame, 1338, pp. 606 et suiv.

66. — Définition des droits qui appartiennent aux Empereurs et rois élus d'après les lois et les coutumes de l'Empire; de 1338; dans Ficker, loc. cit. nº 6, pp. 709 et suiv.

67. — Informatio de nullitate processuum papae Johannis contra Ludov. Bavar., 1338, dans Goldast, I. 18-21.

68. — Lupold de Bebenburg (mort en 1363). De jure imperii et regni; écr. entre 1338 et 1340; ed. princeps s. t. « Lupoldus de juribus et translatione Imperii » Arg. 1508, et dans Schard, loc. cit pp. 328.409. — Libellus de zelo catholicae fidei veterum principum Germanorum; éd. Schard, loc. cit. pp. 410-465. — Ritmaticum querolusum et lamentosum dictamen de modernis cursibus et

defectibus regni ac imperii Romanorum; éd. Boehmer, Fontes, I, 479 et suiv.

69. — Konrad de Megenberg (env. 1309-1374). Oeconomica, écr. 1352-1362; l'épitre dédicatoire et le résumé du texte se trouvent dans Struve, Act. lit. Jenae 1706, Fasc. IV. 81-91. — Tractatus de translatione imperii, 1354 ou 1355, et Traité contre Occam de la même époque; des extraits en sont donnés par Hôfler, Aus Avignon, Prague, 1868, p. 26 et suiv.

70. — Johann von Buch. Glose sur le Sachsenspiegel; écr. vers 1340; les éditions employées sont celles de Zobel, Leipzig 1525, et de Gärtner, Leipzig 1732.

71. — Le greffier municipal (Stadtschreiber) Johannes, dans le Brünner Schöffenbuch; seconde moitié du XIVe siècle; éd. Rösler, die Stadtrechte von Brünn, Prague, 1852.

72. — Pétrarque (1304-1374). Epistolae de juribus imperii Romani; de 1350 à 1370 environ; éd. Goldast, II, pp. 1345 (l. 1445) — 1465.

73. — Quaestio in utramque partem disputata de potestate regia et pontificali; dédiée à Charles V [de France]; écrite sans doute entre 1364 et 1380, et peut-être, suivant Riezler, par Raoul de Presles; dans Goldast, II. 95 et suiv. (Traduction française I. 39 et suiv.)

74. — Somnium Viridarii; écr. en 1376 ou 1377, probablement par Philippe de Mazières; dans Goldast, I., 58-229.

75. — Johannes Wycliffe (1324-1387). Trialogus et supplementum Trialogi; ed. Oxonii 1869. — Les vingt-quatre Articles condamnés par le Synode de Londres en 1382. — Comp. Lechner, Johann. v. Wiclif. Leipzig, 1873, 2 vol. (les Articles, I. pp. 669 et suiv.)

76. — Ulbertus de Lampugnano. Utrum omnes Christiani subsunt Romano Imperio; conférence faite en 1380; dans Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft, II. 246-256.

77. — HENRICUS DE LANGENSTEIN dictus de Hassia (1325-1397). Consilium pacis de unione ac reformatione ecclesiae; écr. en 1381; dans Joh. Gerson, Opera omnia, Anvers 1706, II, p. 809 et suiv. — Voir aussi O. Hartwig, Henricus de Langenstein dictus de Hassia, Marb. 1857.

78. — KONRAD V. GELNHAUSEN. Tractatus de congregando concilio tempore schismatis, dans Martène, Thesaurus anecdot. II, pp. 1200-1226.

79. — MATHAEUS DE CRACOVIA (mort en 1410). De squaloribus Romanae curiae, dans Walch, Monumenta medii aevi, I. 1, pp. 1-100. Epistola Universitatis Parisiensis ad Regem Francorum d. a. 1394. — Memorandum de 1396. — Résolution du Synode National tenu à Paris en 1398. — Discours et écrits de Simon Cramaud, Pierre Plaoul, Aegidius de Campis de Rothomago et Pierre du Mont de St-Michel; d'après les citations faites par Hübler, die Constanzer Reformation und die Konkordate von 1418, Leipz. 1867, pp. 360 et suiv., et par Schwab, Joh. Gerson, Würzburg, 1858. — En outre la Consultatio de recusanda obedientia Petro de Luna, vers 1399, dans Martène, loc. cit. II. 1189 et suiv. — Appellatio interposita per Leodienses a papa post substractionem obedientiae per eos sibi factam, a. 1400, ib. 1250 et suiv. — Lettre de Simon Cramaud d. a. 1400, ib. 1230 et suiv.

80. — TRACTATUS DE AETATIBUS ECCLESIAE; de l'époque du Grand Schisme; dans Goldast, I, 30 et suiv.

XVe SIÈCLE

81. — FRANCISCUS DE ZABARELLIS Cardinalis (1335-1417). Tractatus de schismate; écr. vers 1406; dans Schard, pp. 688-711.

82. — CONCLUSIONES PER STUDIUM BONONIENSE a. 1409, dans Martène, Ampl. Collect. VIII. 894.

83. — OCTO CONCLUSIONES per plures doctores in Ital. part. approb. dans Gerson, Op. II. pp. 110 et suiv.

84. — Petrus de Alliaco (1350-1425). Traités et Discours sur les questions relatives au Schisme, (dans Gerson, Op. I. pp. 489 et suiv,. et II. pp. 867 et suiv.); Propositiones (ib. II. p. 112); Tractatus de ecclesiastica potestate, écr. en 1416, (dans v. d. Hardt, Conc. Const. VI. 6, pp. 15 et suiv.) — Voir aussi Tschackert, Peter von Ailli, Gotha, 1877.

85. — Johannes Gerson (1363-1429). Opera omnia, Anvers 1706.— Là se trouvent (Tome II) les « Schismatica »; en particulier, Protestatio super statu ecclesiae, p. 2; Sententia de modo habendi se tempore schismate, p. 3; De schimate tollendo, p. 76; Trilogus in materia schismatis, p. 83; Tractatus de unitate ecclesiastica, p. 113; Propositio, p. 123; Sermones, pp. 131 et 141; De auferibilitate Papae ab ecclesia, p. 209; De potestate ecclesiae et origine juris et legum (1415), p. 225; Propositio in Conc. Const. p. 271; Quomodo et an liceat in causis fidei a Papa appellare, p. 303. — Quelques passages utiles se trouvent encore dans les Tomes III (Opera moralia) et IV (Opera exegetica et miscellanea). —Voir aussi J. B. Schwab, Johannes Gerson, Prcfessor der Theologie und Kanzler der Universitât Paris, Würzburg, 1858.

86. — Jonannes Hus (1373-1415). Determinatio de ablatione temporalium a clericis, a. 1410; dans Goldast, I. 232 et suiv. — Voir aussi Lechner, Johann v. Wyclif, vol. II.

87. — Johannes Breviscoxa. De fide et ecclesia, Romano pontifice et concilio generali; dans Gerson, Op. II pp. 805 et suiv.

88. — Andreas de Randuf. De modis uniendi ac reformandi ecclesiam in concilio universali; écr. vers 1410; dans Gerson, Op. II, pp. 161 et suiv.

89. — Theodoricus de Niem .De schismate; écr. sous le règne de l'Empereur Robert de Bavière (1400-1410); ed. Bâle 1566. — Privilegia et jura imperii circa investituras episcopatum et abbatiarum; écr. 1410-1419; dans Schard, pp. 785-859. — De diffi-

cultate reformationis ecclesiae; dans von der Hardt, loc. cit. I. 6, p. 255.— De necessitate reformationis ecclesiae, ib. I. 7, p. 277.

90. — Nilus archiepiscopus Thessalonicus. De primatu Papae Romani; écr. sans doute vers 1438 (et non en 1360 comme le supposent Riezler et O. Lorenz, qui suivent en cela une erreur faite par Goldast et corrigée ensuite par lui-même dans sa Diss. de autor.); dans Goldast, I. 30-39.

91. — Nicolas de Cusa (1401-1464). Opera omnia. Basil. 1565. Là (pp. 692 et suiv.) et dans Schard (pp. 465-676) se trouve le traité « De concordantia catholica » (auquel nos citations renvoient toujours, sauf indication contraire), écrit de 1431 à 1433 et présenté au Concile de Bâle. — Un traité « De auctoritate praesidendi in concilio generali » se trouve dans Düx, Der deutsche Kardinal Nikolaus von Kusa, Regensburg, 1847, I., pp. 475 -491. Voir aussi Stumpf, Die polit. Ideen des Nicolaus von Cues, Köln, 1865; Scharpff, Nicolaus von Cusa als Reformator in Kirche, Reich und Philosophie, Tüb. 1871.

92. — Laurentius Valla. De falso credita et ementita Constantini donatione; écrit en 1439; dans Schard, pp. 734-780.

93. — Grégoire de Heimburg (mort en 1472). Admonitio de injustis usurpationibus paparum Romanorum; écrit vers 1441; dans Goldast, I. 557-563. — Controverses relatives à l'affaire de Brixen, 1460-1461, ib. II. 1576-1595. — Apologia contra detractiones et blasphemias Theodori Laelii, ib. II. 1604 et suiv. — Invectiva in Nicolaum Cusanum, ib. 1622-1631. — Voir aussi Clemens Brockhaus, Gregor von Heimburg, Leipzig, 1861.

94. — Theodoricus Laelius episcopus Feltrensis. Replica pro Pio Papa II et sede Romana; dans Goldast, II. 1595-1604.

95. — Aeneas Sylvius Piccolomini (1405-1464, depuis 1458 Pape sous le nom de Pie II). De ortu et auctoritate imperii Romani; écrit en 1446; dans

Schard, pp. 314-328. — Voir aussi Voigt, Enea Silvio de' Piccolomini, 3 vol. Berlin, 1856 et suiv.

96. — Petrus de Monte (de 1442 à 1457 Evêque de Brixen). De potestate Romani pontificis et generalis concilii s. de primatu, Tract. univ. juris, XIII, 1, pp. 144 et suiv.

97. — Johannes a Turrecremata [Torquemada] (mort en 1468). Summa de ecclesia, Venet. 1561. — De pontificis maximi conciliique auctoritate, Venet. 1563; sous le titre De potestate papae et concilii generalis tractatus notabilis, ed. Friedrich, Oenoponti, 1871.

98. — Antonius de Rosellis (mort en 1466). Monarchia s. de potestate imperatoris et papae; dans Goldast, I. 252-556.

99. — Petrus de Andlo. De imperio Romano-Germanico; écrit en 1460; ed. Marquardus Freher, Norimb. 1657.

100. — Franciscus Patricius Senensis Pontifex Cajetanus (mort en 1494). De institutione reipublicae libri IX.; éd. Arg. 1595. — De regno et regis institutione libri IX.; adressés au roi Alphonse d'Aragon et de Calabre; ed. Arg. 1594.

101. — Klaspiegel; ed. Strasb. 1527; parut à Schwâbisch-Hall vers le début du xve siècle, suivant Stintzing, Geschichte der populâren Litteratur des rômisch-kanonischen Rechts in Deutschland, Leipz. 1867, pp. 353 et suiv., et Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Münch, u. Leipz. I., p. 43.

102. — Ulrich Tengler. Laienspiegel; parut en 1509; ed. Strasb. 1527.

103. — Thomas de Vio Cajetanus (1469-1534). De auctoritate papae et concilii utraque invicem comparata; écr. en 1511; dans ses Opuscula omnia, Antv. 1612, I, 1.

104. — Jacobus Almainus (mort en 1515). Expositio circa decisiones Magistri G. Occam super potestate summi Pontificis; écr. en 1512; dans Gerson, Op. II, pp. 1013 et suiv. et (sous le titre d'Expositio de suprema potestate ecclesiastica et laica) dans Gol-

dast, I. 588-647. — De dominio naturali civili et ecclesiastico; dans Gerson, Op. II, pp. 961 et suiv. — De auctoritate Ecclesiae et Conciliorum generalium ,adv. Thomam de Vio Cajetanum; ib. 1013 et suiv.

II. — LES LÉGISTES (1)

105. — Glossa ordinaria, dont le compilateur est Accursius (1182-1258) · dans l'édition du Corpus Juris Civilis, Venetiis apud Juntas, 1606; à comparer avec les éditions antérieures. [Irnerius (vers 1100) est le fondateur de l'école; Bulgarus, Martinus, Jacobus et Hugo sont « les quatre docteurs »].

106. — Placentinus (mort en 1192). De varietate actionum (avant 1180), Mog. 1530.

107. — Jacobus de Arena (mentionné pour la dernière fois en 1296). Commentarii in universum jus civile, ed. Lugd. 1541.

108. — Andreas de Isernia (Napolitain, né vers 1220, mort en 1316). Super usibus feudorum, ed. Lugd. 1561.

109. — Oldradus de Ponte (de Laude), (mentionné pour la première fois en 1302, mort en 1335). Consilia, ed. Francof. 1576.

110. — Jacobus Buttrigarius (né vers 1274, mort en 1348). Lectura in Digestum Vetus, ed. Romae, 1606.

111, — Cinus (Guittoncino Sinibaldi) (né en 1270, mort en 1336). Lectura super Codicem, ed. Francof. 1578. — Lectura super Digestum Vetus, in eadem editione.

112. — Albericus de Rosciate (mort en 1354). Commentarii, ed. Lugd. 1545. — Dictionarium, ed. Venet. 1573.

113. — Bartolus de Sassoferrato (né en 1314, mort en 1357). Commentarii. — Consilia. — Quaestiones. —

(1) Aux pages 186, 238, 351 et 416 du *Genossenschaftsrecht*, t. III, se trouvent de longues listes de légistes et de canonistes. Ici ne sont indiqués que les auteurs mentionnés dans la partie de l'ouvrage qui a été traduite.

Tractatus. Tous cités d'après l'édition de ses œuvres faite à Bâle en 1562.

114. — BALDUS DE UBALDIS (1327-1400). Commentaires sur les différentes parties du Corpus Juris, ed. Venet. 1572-1573. — Commentarius in usus feudorum, écrit en 1391, ed. Lugd. 1566. — Commentariolum super pace Constantiae, in eadem editione. — Consilia, ed. Venet, 1575.

115. — BARTHOLOMAEUS DE SALICETO (mort en 1412). Commàntarius super Codice; achevé en 1400; ed. Venet. 1503.

116. — CHRISTOFORUS DE CASTELLIONE (1345-1425). Consilia, ed. Venet. 1560.

117. — RAPHAEL FULGOSIUS (1367-1427). Consilia posthuma, Amberga, 1607.

118. — JOHANNES DE IMOLA (mort en 1436). Commentarius sur l'Infortiatum et le Digestum Novum, ed. Lugd. 1549.

119. — LUDOVICUS DE PONTE ROMANUS (1409-1439). Commentarii, ed. Francof. 1577. — Consilia, ed. Lugd. 1548.

120. — PAULUS DE CASTRO, CASTRENSIS (mort en 1441). Commentaires sur le Digeste et le Code; ed. Lugd. 1584.

121. — JOHANNES CHRISTOPHORUS PARCUS (Portius, Porcius) (depuis 1434 professeur à Pavie). Commentarius in Institutiones, ed. Basil. 1548.

122. — TARTAGNUS, Alexander de Imola de Tartagnis (de 1424 ou 1423 à 1477). Commentarii sur les trois Digestes et le Code, ed. Francof. 1610. — Consilia, ed. Aug. Taur. 1575. (avec des additions de Marcus Antonius et de Natta.)

123. — JOHANNES DE PLATEA (de Bologne, xve siècle). Super Institutionibus, ed. Lugd. 1539. — Super tribus ultimis libris Codicis, ed. Lugd. 1528.

124. — PARIS DE PUTEO (1413-1493). Tractatus de Syndicatu, ed. Francof. 1608 (et dans Tr. U. J. VII. 127).

125. — JOHANNES BERTACHINUS (mort en 1497). Repertorium juris, Lugd. 1521.

126. — JASON DE MAYNO (1435-1519). Commentarii sur les

trois Digestes et le Code, ed. Aug. Taur. 1576. — Consilia, ed. Francof. 1611.

127. — Paulus Picus a Monte Pico (élève de Jason, professeur à Pavie, à la fin du xve siècle). Opera, ed. Francof. 1575.

128. — Johannes Crottus (de Casal, professeur à Bologne, Pavie et Pise, vers 1500). Consilia, ed. Venet. 1576.

129. — Franciscus Marcus (membre du Parlement du Dauphiné). Decisiones Delphinenses, ed. Francof. 1624..

130. — Franciscus Curtius junior (mort en 1533). Consilia, ed. Spirae, 1604.

131. — Philippus Decius (de 1454 à 1536 ou 1537). Commentarii in Digestum vetus et Codicem, ed. Lugd. 1559. — De regulis juris, ed. Col. 1584. — Consilia, ed. Venet. 1570.

132. — Martinus de Caratis Laudensis. Lectura super feudis, ed. Basil. 1564. — De fisco. Tr. U. J. XII. 2. — De represaliis, ib. XII. 279.

III. — LES CANONISTES

133. — Glossa ordinaria sur le Decretum Gratiani, colligée par Johannes Teutonicus (mort vers 1220); les éditions employées sont celles de Lyon, 1512, et de Strasbourg, p. Henr. Eggesteyn. 1471.

134. — Innocentius IV. Sinibaldus Fliscus (mort en 1254). Apparatus (Commentaria) in libros quinque decretalium, ed. Francof, 1570.; achevé peu de temps après le Concile de Lyon (1245).

135. — Bernardus Compostellanus junior. Lecture sur les Décrétales (1245-1260, inachevé), ed. Paris, 1516.

136. — Hostiensis, Henricus de Segusia Cardinalis Ostiensis (mort en 1271). Summa aurea super titulis decretalium, ed. Basil. 1573; écr. après 1250.

137. — Glossa ordinaria sur le Liber Extra, colligée par Bernhardus Parmensis de Botone et achevée peu de

temps avant sa mort, qui eut lieu en 1263; ed. Lugd. 1509 et Basil. 1482.

138. — Guilelmus Durantis, « Speculator » (1237-1296). Speculum judiciale; d'abord achevé en 1272, puis revu avant 1287; ed. Basil, 1574 et Francof. 1612.

139. — Glossa ordinaria sur le Liber Sextus (1304 ou 1305) et les Clémentines (1326) par Johannes Andreae.

140. — Johannes Andreae Mugellanus (1270-1348). Novella in Decretales Gregorii IX.; in I et II libr.ed. Venet. 1612; super III libr. ed .Venet. 1505; super IV et V libr. ed. Venet. 1505.

141. — *Idem.* Novella super Sexto, ed. Lugd. 1527; écr. entre 1334 et 1342.

142. — Henricus Bouhic (Bohic) (né en 1310, mort après 1350). Distinctiones in libros quinque Decretalium, Lugd. 1540; écr. 1348.

143. — Baldus de Ubaldis (1327-1400). Commentarius super tribus prioribus libris Decretalium, Lugd. 1585.

144. — Petrus de Ancharano (1330-1416). Lectura super sexto decretalium libro, Lugd. 1543.

145. — Franciscus de Zabarellis Cardinalis (1335-1417). Commentaria in V libros decretalium, Venet. 1602. — Lectura super Clementinis, Venet. 1497; écr. entre 1391 et 1410. — Consilia, Venet. 1581.

146. — Antonius de Butrio (1338-1408). Commentaria in V libros decretalium, Venet. 1578. — Consilia, Lugd. 1541.

147. — Dominicus de Sancto Geminiano (première moitié du xve siècle). Lectura super decreto, Venet. 1504. — Lectura super libro sexto, Lugd. 1535. — Consilia et Responsa, Venet. 1581.

148. — Johannes ab Imola (mort en 1436). Commentarius super Clementinis, Lugd. 1551.

149. — Prosdocimus de Comitibus (mort en 1438). De differentiis legum et canonum. Tr. U. J. I. 190.

150. — Panormitanus, Nicholaus de Tudeschis (Abbas Siculus, Abbas modernus) (mort en 1453). Commentaria, Venet. 1605 (vol. I. — VII.) — Concilia et

quæstiones, in eadem ed. vol. VIII.; les Quaestiones se trouvent également dans les Selectae quaestiones, Col. 1570, p. 303.

151. — Johannes de Anania (mort en 1457). Commentarius super Decretalibus et super Sexto Decretalium, Lugd. 1553.

152. — Alexander Tartagnus ab Imola (1424-1477). Consilia, ed. Francof. 1610.

153. — Cardinalis Alexandrinus, Johannes Antonius de S. Gregorio (mort en 1509). Commentaria super Decreto, Venet. 1500; écr. entre 1483 et 1493.

154. — Philippus Franchus de Franchis (mort en 1471). Lectura in Sextum Decretalium, Lugd. 1537.

155. — Dominicus Jacobatius Cardinalis (mort en 1527). Tractatus de concilio, dans Tr. U. J. XIII. 1., pp. 190-398.

156. — Hieronymus Zanettinus (mort en 1493). Contrarietates seu diversitates inter jus civile et canonicum, dans Tr. U. J. I. p. 197.

157. — Benedictus Capra (mort en 1470). Regulae et Tractatus, Venet. 1568. — Consilia, Ludg. 1556.

158. — Ludovicus Bologninus (1447-1508). Consilia, éd. avec ceux de Benedictus Capra, Lugd. 1556.

159. — Felinus Sandaeus (1444-1503). Opera, Lugd. 1540 (Lectura in decretales).

160. — Philippus Decius (de 1454 à 1536 ou 1537). Super Decretalibus, Lugd. 1551.

IV. — LES AUTEURS MODERNES

161. — Fôrster, Quid de reipublicae vi ac natura medio aevo doctum sit, Vratisl. 1847.

162. — Fôrster, Die Staatslehre des Mittelalters, Allg. Monatschr. fûr Wiss. u. Litt. 1853, pp. 832 et suiv. et 922 et suiv.

163. — Friedberg, Die mittelalterlichen Lehren über das

Verhältniss von Kirche und Staat, Zeitschr. für Kirchenrecht, vol. 8, pp. 69 et suiv.

164. — Friedberg, Die Grenzen zwischen Staat und Kirche, Tübingen, 1872.

165. — Friedberg, Die mittelalterlichen Lehren über das Verhältniss von Staat und Kirche, Leipz. 1874.

166. — Höfler, Kaiserthum und Papstthum, Prag, 1862.

167. — Döllinger, Die Papstfabeln des Mittelalters, München, 1863.

168. — Hübler, Die Constanzer Reformation und die Konkordate von 1418, Leipz. 1867.

169. — Schulte, Die Stellung der Koncilien, Päpste und Bischöfe vom historischen und kanonischen Standpunkte, 1871.

170. — Hergenröther, Katholische Kirche und christlicher Staat, Freiburg in Brisgau, 1872.

171. — S. Riezler, Die literarischen Widersacher der Päpste zur Zeit Ludwigs des Baiers, Leipz. 1874.

172. — F. v. Bezold, Die Lehre von der Volkssouveränetät während des Mittelalters, Hist. Zeitschr. vol. 36 (1876), pp. 340 et suiv.

173. — W. Molitor, Die Dekretale Per Venerabilem von Innocenz III und ihre Stellung im öffentlichen Recht der Kirche, Münster, 1876.

174. — O. Lorenz, Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter seit der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts, ed. 2, Berl. 1876, II. pp. 288 et suiv.

175. — W. v. Giesebrecht, Geschichte der deutschen Kaiserzeit, vol. III.

176. — Raumer, Geschichte der Hohenstauffen und ihrer Zeit, vol. VI.

177. — Wessenberg, Die grossen Kirchenversammlungen des 15 u. 16 Jahrh. Konstanz, ann. 1845 et suiv.

178. — Hefele, Konciliengeschichte, vol. I-IV, (2e éd.).

179. — Ficker, Forschungen zur Reichs. u. Rechtsgeschichte Italiens, Innsbruck, 1868-1874.

180. — Löning, Geschichte des deutschen Kirchenrechts, Leipzig, 1878.

INDEX DES NOMS D'AUTEURS

CITÉS DANS LA BIBLIOGRAPHIE

LES THÉORIES POLITIQUES
DU MOYEN AGE

PAR

OTTO VON GIERKE

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BERLIN

LES THÉORIES POLITIQUES
DU MOYEN AGE

I. — L'évolution des théories politiques

Origine des théories politiques. — La théorie des Corporations, développée par les Légistes romanistes et les Canonistes, entra en contact sur bien des points avec les efforts que faisait la pensée du Moyen Age pour acquérir une idée complète et rationnelle de l'Église et de l'État, et pour comprendre ainsi, d'une manière scientifique, la nature de tout l'ordre social humain. Cette tendance apparait déjà lors de la grande querelle des investitures, mais c'est seulement au treizième siècle qu'elle se formule dans une théorie de Droit Public bien définie. Depuis cette époque les doctrines des Publicistes, continuellement perfectionnées et étendues, ne se contentèrent pas du rôle de simples doctrines de Droit Public, mais se mirent à propager une philosophie, indépendante et sans précédent, de l'État et du Droit. Et c'est ainsi qu'elles introduisirent une force toute nouvelle dans l'histoire des idées juridiques.

Collaboration de plusieurs sciences. — Diverses disciplines collaborèrent à cet ouvrage : la Théologie, la Scolastique et l'Histoire politique s'y rencontrèrent avec les travaux de polémistes et des jurisconsultes professionnels. La Science du Moyen Age, comme toujours, unifia et généralisa à l'extrême ces éléments qui différaient si pro-

fondément par leurs origines, leurs buts et leurs moyens d'action. En effet, quelques violentes que fussent les disputes sur les grandes questions du Droit Public, tous les hommes de cette époque n'en partageaient pas moins la même conception du monde, puisqu'ils admettaient que l'homme était incapable d'expliquer l'univers, et que les prémisses de toute science humaine reposaient sur la Révélation divine. Et, toujours prêts à emprunter de tous côtés ce dont ils avaient besoin, ils accroissaient par leur travail le trésor intellectuel dont ils avaient hérité.

Diversité des matériaux. — C'est ainsi que des éléments d'origine très variée furent réunis dans le même système. L'Écriture Sainte et ses commentaires, la Patristique et surtout la *Civitas Dei* de saint Augustin fournirent à la théorie médiévale de la Société les caractères qu'elle tient du Christianisme. Les idées purement germaniques lui vinrent des légendes historiques du Moyen Age et des conceptions populaires qui s'étaient formées à la suite de ces légendes. Quant à la forme scientifique de toute cette doctrine, elle fut dictée par la Philosophie de l'État que l'Antiquité avait créée et qu'on venait de ranimer, et surtout par la Politique d'Aristote, dont on fit un Canon placé au-dessus de toute discussion. A toutes ces sources la jurisprudence ajouta l'énorme quantité de matériaux juridiques qui était amassée dans le Droit Romain, le Droit Canon et dans une partie des édits des empereurs du Moyen Age. En effet, aux yeux de cette jurisprudence, les textes concernant l'Église et l'État n'étaient pas le produit de la législation positive d'une certaine époque, mais des règles valables pour l'éternité, qui découlaient de la nature même des choses.

Diversité des méthodes. — Pour traiter tous ces matériaux, les diverses sciences qui les avaient fournis se

prêtèrent l'appui de leurs méthodes. Le théologien et le philosophe montrèrent la profondeur de leurs spéculations, tandis que l'écrivain politique préoccupé des questions du jour montra comment on pouvait appliquer avec hardiesse des idées récemment acquises; et toutes ces impulsions finirent par entraîner la jurisprudence elle-même, malgré ses hésitations. Par contre, ce fut le travail assidu et minutieux de la jurisprudence professionnelle qui fit descendre ces théories des sommets de la spéculation pour les introduire réellement dans la vie publique des grandes et des petites sociétés, et qui par là atteignit le double but de créer un Droit Public positif (1), et de fournir au philosophe et au théoricien de la politique une série de concepts juridiques qu'ils pouvaient employer à la construction de leurs systèmes. Sur ce terrain les autres écrivains aussi se rapprochèrent autant que possible des légistes, des canonistes et des feudistes, et commencèrent par là à donner à leurs abstractions et à leurs postulats une forme plus nettement définie et une base plus solidement assise sur les réalités.

Unité du mouvement. — C'est ainsi que les affluents issus de ces multiples sources se réunirent dans un seul lit pour former la Doctrine du Moyen Age sur l'État et la

(1) C'est ce qui jusqu'à présent n'a guère été mis en valeur : parmi les auteurs du Droit Public au Moyen Age on ne nomme même pas les Légistes et les Canonistes. Or, leurs longs commentaires ont en réalité joué le rôle d'un arsenal, dans lequel les écrivains exclusivement politiques ont puisé toutes leurs idées juridiques. A cet égard, il est caractéristique qu'on passe Bartolus entièrement sous silence tandis qu'on parle longuement d'Ubertus de Lampugnano et de la conférence qu'à Prague, en 1380, il fit sur *l'Imperium Mundi* (éditée dans la *Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch.* II, pp. 246-256). Et cependant cette conférence n'est que la reproduction presque mot à mot du Commentaire de Bartolus sur lib. 24 Dig. de capt. 49, 15. Il n'y a été ajouté que fort peu de choses (par exemple, la plaisanterie sur l'Empereur d'Orient, auquel le nom d'empereur devrait tout au plus être reconnu dans le même sens que le nom de roi est reconnu au roi du jeu d'échecs).

Société. Le mélange de ces éléments contraires détermina des explosions qui secouèrent le monde. Mais la lutte des opinions cléricales ou laïques, absolutistes ou démocratiques, ne faisait qu'accélérer le mouvement, qui se poursuivait toujours dans la même direction.

La pensée médiévale et la pensée antique-moderne. — Cependant, à l'intérieur de ce mouvement se cachait un conflit intime, qui, pour l'histoire des idées, avait plus d'importance que toutes les distinctions apparentes des partis. C'était le conflit de la pensée propre au Moyen Age et de la pensée antique-moderne.

La pensée médiévale. — Dans tout le Moyen Age et même un peu au delà, le cadre extérieur de toute la Doctrine Politique fut formé par le système d'idées grandiose, mais d'une homogénéité exclusive, qu'avait construit la Philosophie médiévale. Au sommet de ce système, tout aboutissait à l'idée d'une Communauté qui, constituée par Dieu lui-même, renfermait l'Humanité entière dans son sein. Ce système pouvait être exposé dans toute sa pureté et son intégrité, comme chez Dante, ou bien il pouvait être atténué jusqu'à ne devenir qu'une ombre ; mais, sous une forme ou sous une autre, ce cadre était respecté par tout le monde, sauf, de loin en loin, par quelque novateur audacieux.

La pensée antique-moderne. — Cependant, même quand la Doctrine Politique s'efforçait de vivre dans le monde des idées médiévales, elle n'en apportait pas moins un germe de dissolution. En effet, les dons qu'elle avait reçus de l'Antiquité, son concept de l'État et son concept du Droit, devaient nécessairement exercer une action destructrice sur la pensée du Moyen Age. Aussi l'ancien système d'idées commença-t-il à se désagréger de plus en plus. Ses éléments, rendus à la liberté, se combinèrent

avec les idées de l'Antiquité et donnèrent naissance à de nouvelles façons de penser. Les éléments de l'esprit du Moyen Age qui s'étaient ainsi complètement amalgamés avec les traditions antiques suivirent celles-ci dans le monde qui s'ouvrait, et constituèrent la partie spécifiquement moderne de la théorie du Droit Naturel. Ainsi s'acheva la destruction du système du Moyen Age.

Progrès de la pensée antique-moderne. — Si, du point où nous nous sommes placés, nous examinons la Doctrine Politique du Moyen Age, nous découvrons dans son sein un noyau antique-moderne. Il se développe sans cesse et se nourrit aux dépens de son enveloppe, qu'il finit par faire éclater. L'histoire des Théories Politiques du Moyen Age se trouve ainsi être en même temps l'histoire des théories du système social du Moyen Age et l'histoire du nouvel édifice qui s'élevait alors sur la base du Droit Naturel. Comme on pouvait s'y attendre, nous trouvons ici de grandes divergences entre les écrivains et de nombreuses fluctuations. Mais, si nous considérons le mouvement dans son ensemble, nous constatons un progrès continuel sur toute la ligne. On peut dire que les champions de l'absolutisme du Pape sont les premiers à s'éloigner du Moyen Age auquel on les croirait si attachés. Ce mouvement est sans cesse encouragé par l'étude du Droit Romain et par les arguments que les Hohenstaufen y puisent en faveur de l'absolutisme impérial. Il est également soutenu par les scolastiques qui interprètent la philosophie d'Aristote, de sorte que Thomas d'Aquin lui-même collabore inconsciemment à cette œuvre de destruction et de rénovation. Ce mouvement est encore puissamment activé par les disputes que provoque en France et en Allemagne, au début du quatorzième siècle, la question des relations de l'Église et de l'État. On voit dès cette époque beaucoup des idées de la Réforme, et même de la Révolution Française, apparaître,

sous le vêtement scolastique, chez des hommes comme Marsile de Padoue et Guillaume d'Occam. Dans tous les partis, les écrivains de la Période Conciliaire contribuent, intentionnellement ou non, à la marche victorieuse de la pensée antique-moderne. Enfin, au quinzième siècle, l'Humanisme rompt avec les formes elles-mêmes du Moyen Age, et, dans son zèle à rétablir intégralement l'idéal antique, il va presque jusqu'à menacer les acquisitions du Moyen Age auxquelles le monde moderne doit sa forme actuelle. On voit à cette époque s'affirmer l'influence exclusive de cet idéal antique, qui, de quelque. façon qu'on l'interprète, soit dans le sens de l'absolutisme, comme c'est le cas chez Æneas Sylvius, soit dans le sens républicain, comme c'est le cas chez Patricius de Siena, n'en représente pas moins la disparition complète, pour un certain temps, de la conception germanique de l'État et du Droit. Cependant la tradition médiévale se maintient dans la plus grande partie de la population, et, les idées de la Réforme allemande sont en voie d'élaboration; or, ces idées, bien que révolutionnaires, sont en accord avec les tendances intimes de l'esprit germanique. L'effort de Nicolas de Cusa nous paraît, il est vrai, être resté isolé, et n'avoir pas donné de résultats dans la forme qu'il revêtit alors. Le génie de ce puissant esprit essayait de réunir deux âges de l'humanité, et, en quelque sorte, de faire renaître le système des idées du Moyen Age en les rajeunissant pour les besoins du monde moderne. Mais les idées foncièrement germaniques que contenait ce système ne pouvaient se perdre; elles continuèrent donc à vivre, et apportèrent d'importantes contributions, d'une part, aux idées politiques de la Réforme, et, d'autre part, à la théorie de l'État dans le Droit Naturel.

Influence du Droit Corporatif sur la Théorie Politique — Le développement de la Théorie Politique subit l'in-

fluence de la Théorie des Corporations qu'avaient élaborée les Légistes romanistes et les Canonistes, et, comme nous le verrons, c'est précisément de cette Théorie des Corporations que la doctrine de l'État tient ses éléments véritablement juridiques. En effet, c'est en appliquant directement les idées et les règles du Droit Corporatif aux formes supérieures de l'association que les juristes parvinrent, au moins en partie, à se faire une Théorie de l'Église et de l'État; de plus, les philosophes et les amateurs de considérations politiques, bien que la corporation en elle-même leur parût indigne de leur attention, lui empruntèrent une foule d'idées et de règles qu'ils purent employer à construire scientifiquement l'Église et l'État.

Par contre, il était inévitable que la Théorie Politique réagît sur la Théorie des Corporations. Celle-ci devait en effet commencer par refléter les idées fondamentales qui, dans le système de la philosophie universelle du Moyen Age, étaient admises à l'égard des formes supérieures de l'association. Mais ensuite, chaque progrès de la conception antique-moderne de l'État devait ouvrir la voie à l'influence négatrice et destructrice que la pensée moderne a exercée sur la théorie médiévale des Corporations.

Après avoir ainsi indiqué les principales tendances et combinaisons qui méritent notre attention, nous pouvons maintenant examiner de plus près les idées directrices qui ont trouvé leur expression théorique dans la Doctrine Politique du Moyen Age.

II. — Macrocosme et Microcosme

L'idée de l'univers dans la pensée du Moyen Age. — Ce qui caractérise la pensée du Moyen Age au point de vue politique, c'est qu'elle prend son point de départ dans

l'idée de l'Unité Totale, mais qu'en même temps elle reconnaît la valeur intrinsèque de chaque Unité Partielle, y compris l'individu, dernier terme de la série. Elle s'inspire ainsi à la fois de la Philosophie Antique puisqu'elle considère le Tout avant les Parties, et des théories modernes du Droit Naturel, puisqu'elle proclame les droits intrinsèques qui appartiennent à l'individu dès sa naissance : mais ce qui est propre à cette pensée du Moyen Age, c'est que, d'une part, l'existence de l'univers entier lui apparaît comme formant un tout articulé, et que, d'autre part, chaque existence, soit individuelle, soit collective, lui aparaît comme formant à la fois une partie et un tout : une partie en ce qu'elle est déterminée par la cause finale de l'univers, et un tout en ce qu'elle a aussi sa cause finale particulière.

L'idée de la Théocratie. — C'est de cette manière de voir que procèdent les caractères théocratiques et spiritualistes de la théorie médiévale de la Société. En effet toute organisation d'une communauté humaine doit être considérée comme faisant partie de cette organisation du monde qui est liée à l'existence de Dieu lui-même, et tout groupement terrestre doit être considéré comme un membre organique de cette *Civitas Dei* qui comprend le ciel aussi bien que la terre. De plus, les fins éternelles assignées à tout homme dans l'autre monde doivent déterminer, d'une façon plus ou moins directe, les fins temporelles des groupements auxquels cet homme s'associe.

L'harmonie divine. — Ainsi, comme il faut de toute nécessité qu'il y ait une connexité entre les différentes communautés organisées, et que toutes doivent s'accorder avec le plan divin de l'univers, nous arrivons à l'idée d'une harmonie établie par la volonté divine

entre toutes les parties du monde. Chaque Être a une place qui lui est assignée dans l'univers, et chaque groupement d'Êtres répond à un décret de la Providence. Mais, puisque le monde entier n'est qu'un seul organisme, animé d'un seul esprit et régi par une seule loi, les mêmes principes qui apparaissent dans la structure du monde doivent reparaître dans la structure de chacune de ses parties. Par suite, chaque Être particulier, en tant qu'il constitue un Tout, se présente comme un *Microcosme*, ou un *Minor Mundus*, une reproduction en miniature du *Macrocosme* du monde. Cela est absolument vrai de chaque individu humain : mais c'est également vrai de chaque communauté humaine, et, d'une façon générale, de toute la Société humaine. Et ainsi, pour la Philosophie Sociale du Moyen Age, les principes constitutifs des communautés humaines ont leur prototype dans l'organisation que la volonté divine a donnée à l'univers tout entier (2).

III. — L'unité dans l'Église et dans l'État

Le principe de l'unité. — Or, des principes constitutifs

(2) Cet enchaînement d'idées n'apparaît nulle part plus clairement que dans l'ouvrage de Dante, où il sert de base à sa théorie de l'État. Cf. par exemple *Monarchia*, I. c. 7 (et c. 6), sur les rapports de l'*universitas humana* avec, d'une part, son *totum*, c'est-à-dire l'univers, et, avec, d'autre part, les communautés plus restreintes qui ont pour *totum* cette *universitas* elle-même. Mais Dante a pris l'essence de sa théorie à Thomas d'Aquin, dont on peut consulter à ce sujet la *Summa contra gentiles*, III, c. 76 à 83, et le *De regimine principum*, I. c. 12. Et, déjà longtemps auparavant, nous voyons les mêmes idées exprimées de la même façon, en ce qui concerne le parallélisme du macrocosme et du microcosme : par exemple chez Joh. Saresb. Polycr. (Voir ci-dessous la note 10), et chez Hugo Floriac. : *de regia et sacerdot. pot.* I. c. 1. Comparer aussi Alvar. Pelag. *De planctu eccl.* I. A. 37 R et Somn. Virid. I. c. 37-48. Le dernier et magnifique exemple du développement de cette idée fondamentale se trouve dans la « Concordance catholique » de Nicolas de Cusa (spécialement I. c. 1-4).

de l'univers le premier est le principe de l'unité. Dieu, l'Être unique par essence, antérieur et supérieur à la pluralité que présente l'univers, est à la fois l'origine de chaque Être particulier et le but auquel celui-ci doit tendre. La Raison divine, étant la Loi de l'univers (*lex aeterna*), pénètre la diversité des Êtres existants. La Volonté divine agit sans cesse et uniformément pour gouverner le monde, et, malgré la diversité des Êtres, les dirige tous vers le même but.

L'unité de l'humanité. — Par suite, partout où il y aura un Tout particulier, poursuivant son but particulier, qui lui-même est subordonné au but de l'univers, le *principium unitatis* devra s'affirmer. Partout l'unité précède la pluralité. Celle-ci procède de l'unité (*omnis multitudo derivatur ab uno*), et y retourne (*ad unum reducitur*). Par conséquent tout l'ordre de l'univers consiste dans la subordination de la pluralité à l'unité (*ordinatio ad unum*), et nulle part un but commun à plusieurs êtres ne pourra être atteint sans que l'unité règne sur cette pluralité et la conduise vers son but. Il en est ainsi dans les sphères célestes : leurs corps, dont la marche est harmonieusement réglée, trouvent leur unité dans le *primum mobile.* Il en est de même dans tout organisme vivant : il a l'âme pour principe originel ; or, l'unité est représentée, dans les facultés de l'âme, par la raison, et, dans les organes corporels, par le cœur. Il en est de même en ce qui concerne le monde inanimé, car nous n'y trouvons aucun corps composé dans lequel l'unité ne soit pas représentée par un élément qui détermine la nature du tout. Il ne peut donc en être autrement dans l'ordre de la Société humaine (3). En effet, là

(3) L'application à la Société humaine des propositions augustiniennes sur « l'unité antérieure à la pluralité » a été faite particulièrement par Thomas d'Aquin ; interprétant la phrase « *omnis multitudo derivatur ab uno* », il voit le prototype de l'État dans le Dieu unique de l'univers, dans l'âme unique du microcosme humain, dans le principe d'unité qui

aussi, toute pluralité qui a à remplir en commun un objet particulier doit, en considération de cet objet, se soumettre à une unité maîtresse qui la maintiendra, la règlera et la conduira. Mais, d'autre part, chacune des parties qui composent le tout représente une unité indépendante et qui se dirige elle-même, en tant qu'elle est, elle aussi, un tout qui vit pour la réalisation d'une cause finale particulière (4). L'unité est à l'origine de toutes choses, et de l'existence sociale elle-même (5).

domine, non seulement les facultés de l'âme, mais encore le corps naturel et le règne animal. Voir *De reg. princ.* I. c. 2, 3, 12, et *Summa contra gentil.*, II, c. 81. Mais cette façon de voir se trouve déjà en germe à une époque beaucoup plus ancienne, par exemple chez Hugo Floriac I. c. 1, lorsqu'il compare l'unité de l'univers avec l'unité du corps humain. Des pensées analogues sont développées par Aegid. Rom. *De Reg. princ.*, III, 2, c. 3. : puisque toute *multitudo ab uno procedit*, elle doit *in unum aliquod reduci*; puisque *in toto universo est unus Deus singula regens et disponens*, qu'un *primum mobile* régit les corps célestes, que le cœur régit le corps, qu'un élément régit chaque corps composé, qu'une reine régit les abeilles, l'État, lui aussi, a besoin d'un gouvernement unique. Avec son génie supérieur, Dante, *Mon.* I, c. 5-16, expose la nécessité d'un *unum regens* dans chaque Tout, d'après le modèle de l'*ordinatio ad unum* qui constitue l'essence même de l'univers (c. 7) et qu'on trouve dans les corps célestes (c. 9) aussi bien que partout sur la terre. Des pensées dont le fond est identique se présentent encore chez Alv. Pel. 1 a 40; Joh. Paris, c. I.; Anton. Ros., II, c. 5-7; Laelius (dans *Goldast*, II, pp. 1595 et suiv.); Petrus de Andlo I. c. 8. Enfin, un développement mystique est donné à cette idée de l'unité par Nicolas de Cusa, pour lequel l'image de la Trinité est présente partout dans l'unité du monde organisé, par exemple : Dieu, les Anges et les Hommes dans l'Église Triomphante — le Sacrement, le Clergé et le Peuple dans l'Église Militante — l'Esprit, l'Ame et le Corps dans l'Homme. voir *Conc. Cath.*; et aussi *De auctor. praes.* dans Düx, I. pp. 475 et suiv.

(4) Voir Thom. Aq. *Comm. ad Ethic.* lect. 1 (Op. ed. Parm. XXI, p. 2) : *hoc totum, quod est civilis multitudo vel domestica familia, habet solam unitatem ordinis, secundum quam non est aliquid simpliciter unum; et ideo pars ejus totius potest habere operationem quae non est operatio totius; ...habet nihilominus et ipsum totum aliquam operationem, quae non est propria alicujus partium*; de reg. princ. I, c. 1 : puisque les Pluralités groupées ensemble « *secundum propria quidem differunt, secundum autem commune uniuntur* », il faut nécessairement qu'il y ait des « *moventia ad proprium bonum uniuscujusque* » de même qu'un « *movens ad bonum commune multorum.* »

(5) Dante c. 15, célèbre dans un langage élevé le principe de l'unité et voit en lui le principe de tout le bien, puisque le *maxime ens* est aussi le *maxime unum* et que celui-ci est le *maxime bonum.* De même Thom. Aq. *de reg. princ.* I, c. 3; comp. *Summa contra gentil.* IV, c. 1 et suiv.

L'Humanité considérée comme une Communauté. — Ces raisonnements firent immédiatement admettre, au Moyen-Age, le postulat d'une Communauté extérieure et visible dans laquelle toute l'Humanité serait comprise. En effet, l'Humanité constitue dans l'univers un Tout particulier, ayant sa propre cause finale, qui est distincte à la fois des causes finales des individus et de celles des autres communautés (6). C'est pourquoi, au cours de tous les siècles du Moyen Age, la Chrétienté, dont la destinée est identique à celle de l'Humanité, est représentée comme une Communauté unique et universelle, fondée et gouvernée par Dieu lui-même. L'Humanité est un « Corps Mystique »; elle forme un seul peuple uni par des liens intimes ; elle apparaît en ce monde comme l'*universitas* la plus étendue; elle constitue ce grand Empire universel, à la fois spirituel et temporel, qu'on désigne tantôt sous le nom d' « *ecclesia universalis* » et tantôt sous le nom de « *respublica generis humani* ». Puisqu'elle n'a qu'un seul idéal, pour l'atteindre elle n'a besoin que d'une seule loi (*lex*) et d'un seul gouvernement (*unicus principatus* (7)

On y trouve même l'expression « *binarus numerius infamis* », et la théorie papale accuse ses contradicteurs d'hérésie, parce qu'ils « *ponunt dua principia* »; voir par exemple Boniface VIII dans la bulle *Unam sanctam* de 1302 (c. 1, Extrav. comm. 1. 8), et la lettre publiée par Raynald. Ann. 1302 nº 12; voir aussi les arguments du clerc dans la Quaestio in utramque part. p. 105; Joh. Andr. c. 13, X, 4, 17; Panorm. c. 13 X, 2, 1.

(6) Dante, I. c, 3 et 4, cherche à définir ce but qui est commun à toute l'Humanité. Il le trouve dans la continuelle activité de toutes les forces de la Raison, en premier lieu de la Raison spéculative, et en second lieu de la Raison pratique. Là est l' « *operatio propria universitatis humanae* », à laquelle ne suffisent pas l'individu, la famille, les *vicinia*, la *civitas* et le *regnum particulare*; elle ne peut être réalisée que par l'intermédiaire d'un Empire universel, et le *propinquissimum medium* est l'établissement de la paix universelle. Comp. III, c. 13.

(7) Dès 829, aux conciles de Paris et de Worms, les évêques, pour exposer leur conception de l'Église et de l'État (qui fut ensuite insérée dans le capitulaire de Worms de 829), commencent par énoncer le principe suivant, basé sur les écrits de saint Paul : « *universalis sancta ecclesia Dei* unum corpus *manifeste esse credatur ejusque caput Christus.* » Ensuite



La séparation de l'Église et de l'État. — Mais bien que l'Humanité soit ainsi conçue sous la forme d'une Communauté, elle n'en est pas moins partagée entre deux ordres de vie, le spirituel et le temporel, organisa-

vient la doctrine, tirée de Gélase et de Fulgence, que « *principaliter itaque totius sanctae Dei ecclesiae corpus in duas eximias personas, in sacerdotalem videlicet et regalem... divisum esse novimus* »; enfin, les devoirs professionnels du clergé, d'une part, et de la royauté, d'autre part, sont exposés en détail. Voir Concil. Paris. dans Mansi, XIV, pp. 605 et suiv.; Const. Worm. dans *Monumenta Germaniae, Leges*, I. p, 333, c. 2-3 pp. 333 et suiv., pp. 346 et suiv.; puis Hefele : *Conciliengeschichte*, IV pp. 57 et suiv. et 72 et suiv. Voir aussi Jonas d'Orléans (mort en 843) *De institutione regia*, dans d'Achery, *Spicilegium*, éd. nov., Paris, 1723, I., p. 324. Les mêmes idées sont exprimées par Agobard de Lyon (mort en 842) et Hincmar de Reims (mort en 882). Plus tard on voit partout reproduite cette conception de l'humanité formant un seul corps avec une constitution spirituelle et corporelle d'origine divine. Ainsi, chez Grégoire VII (par exemple lib. 1, ep. 19, ann. 1073); Ive de Chartres (par exemple ép. 106, p. 125, ép. 214, pp. 217 et suiv.); saint Bernard (ep. 244 ad Conr. Reg. ann. 1146, pp. 440 et suiv.) et aussi dans Goldast, II, 67-68; Gerhoh de Reichersberg (*De corrupto statu eccl. praef.* p. 11); Thomas de Canterbury (ép. 179, p. 652); Hugo Floriac. (I. c. I et II, pp. 46 et 50); Innocent III (par exemple *Registr. sup. neg. Rom. Imp.* ep. 2, 18 et 79 pp. 997, 1012 et 1162). De même encore dans tout Thomas d'Aquin; comp. par exemple *Summa Theol.* II, 1 qu. 81 a. 1 (*multi homines ex Adam derivati sunt tanquam multa membra unius corporis*), et III qu. 8. a. 1 et 2 (*genus humanum consideratur quasi unum corpus, quod vocatur mysticum, cujus caput est ipse Christus et quantum ad animas et quantum ad corpora*); lect. 2 ad Rom. 12; lect. 3 ad. I Corinth. 12. Voir aussi Vincent de Beauvais : *Spec. doctr. lib.*, VII, c. 31 (« *duo latera corporis unius* »). C'est sans cesse que les théologiens et les canonistes emploient le mot « *ecclesia* » pour parler d'un Empire dans lequel, même au point de vue de la constitution temporelle, toute l'humanité se trouverait réunie. Ainsi dans August. Triumph. I qu. 1 a. 6; Joh. Andr. c. 13, X, 4, 17; Panorm. c. 13, X, 2, 1. Par contre, Engelbert de Volkersdorf, *De ortu et fine*, c. 15, 17 et 18, est le premier à exprimer nettement l'idée que l'Humanité est un seul peuple ayant une seule véritable loi, un seul véritable *consensus*, et que, par suite, elle forme véritablement une seule *respublica*. La même idée se trouve chez Dante, *Mon.*, I, c. 3, 5-9. Lupold Bebenb. c. 15. Pétrarque, ép. VII et VIII. Alvar. Pelag. I a. 13 F, a. 37 Q et R, a. 40 et 45 (*unum corpus mysticum, una communitas et unus populus, una civilitas et politia Christiana*). Quæstio in utramque partem, pp. 102 et suiv. Occam. *Octo* qu. III, c. 1 (*totum genus humanum est unus populus*; *universitas mortalium est una communitas volentium habere communionem ad invicem*) et c. 9; de même *Dial.*, III, tr. 2, lib. 1, c. 1 (*univ. mortalium, unus populus, unus grex, unum corpus, una civitas, unum collegium, unum regnum*; *connexio inter omnes mortales*); *ibid.* lib. 3, c. 17 et 22. Somn. Virid., II, c. 305-312; Nic. de Cusa, *Conc. cath.* III, c. 1 et 41.

tion double qui, dans la pensée du Moyen Age, correspond à un décret éternel de la Divinité. Il semble en effet que, pour répondre au double caractère de la nature et de la destinée humaine, un précepte de Droit Divin, valable pour tous les siècles, ait prescrit deux ordres distincts, qui doivent servir, l'un aux fins temporelles de ce monde, l'autre aux fins éternelles de l'au delà. Chacun de ces deux ordres apparaît nécessairement comme un empire à part, soumis à une loi particulière, représenté par un peuple particulier, soit de clercs, soit de laïques, et régi par un gouvernement particulier (8).

Possibilité de ramener à l'unité cette dualité de l'Église et de l'État. — La difficulté de concilier cette double organisation avec le principe nécessaire de l'unité devient le point de départ de discussions spéculatives sur les relations de l'Église et de l'État. L'esprit médiéval n'admet jamais que le dualisme puisse être définitif. Cette opposition doit disparaître dans une Unité supérieure (*ad unum reduci*). Mais c'est sur la façon dont il

(8) Comme le montrent tous les passages cités dans la note précédente, le Moyen Age tout entier est rempli de l'idée que la *Summa mag. Stephani Tornacensis* (1165-1177) *praef.* (dans Schulte *Gesch. Anh.* p. 251) a exprimée d'une façon typique dans les termes suivants : « *in eadem civitate sub uno rege duo populi sunt, et secundum duos populos duae vitae, duo principatus, duplex jurisdictionis ordo procedit* »; la *civitas* est l'*ecclesia*, le roi est le Christ, les deux peuples sont celui du clergé et celui des laïques, les deux ordres de vie sont le spirituel et le temporel, les deux *principatus* sont le *sacerdotium* et le *regnum*, les deux juridictions sont celle des hommes et celle de Dieu. On parle couramment de la partie spirituelle et de la partie temporelle de l'humanité, et l'on distingue le but de ces deux ordres de vie respectivement dans ce monde-ci et dans l'au delà. Parfois, la Science (*studium*) est considérée comme une troisième province, dont la vie est indépendante de celle des deux autres. Cf. Ptolom. Luc. *De reg. princ.* II, c. 16 *in fine* : *in qualibet monarchia ab initio saeculi tria se invicem comitata sunt* : *divinus cultus, sapientia scholastica et saecularis potestas*; Jordan. Osnabr. c. 5, p. 71 ; les Romains reçurent le *sacerdotium*, les Allemands l'*imperium*, les Français le *studium*; ces trois états forment l'édifice de l'*ecclesia catholica* : le *sacerdotium*, à Rome, forme le soubassement, le *studium*, à Paris, forme le toit, l'*imperium*, à Aix, Arles, Milan et Rome, forme les quatre murs.

faut opérer cette réunion que se combattent les grands partis du Moyen Age.

Théorie de la souverainelé de l'Église. — Le parti de l'Église voit la solution dans la souveraineté de la puissance spirituelle. Le principe de l'unité apparaît de plus en plus nettement comme la base philosophique de la théorie qui, depuis Grégoire VII, et avec plus ou moins d'énergie suivant les époques, demande que les institutions politiques soient subordonnées à l'organisation générale de l'Église. L'« *argumentum unitatis* » devient la clef de voûte de tous les autres arguments tirés de la Bible, de l'histoire ou du Droit Positif, sur lesquels s'appuie la doctrine de l'autorité du pape en matière temporelle (9). Si l'Humanité

(9) Quand Boniface VIII (dans la fameuse bulle *Unam Sanctam*) fait le résumé des prétentions de l'Église (c. 1, Extrav. Com. 1. 8), il insiste sur le principe de l'unité, qu'il met en tête de ses arguments. Mais ce principe formait depuis longtemps la base des raisonnements des papes et de leurs partisans. Si l'argument tiré de la supériorité du Pouvoir Spirituel justifiait la subordination du Pouvoir Temporel, c'est qu'on admettait, comme une proposition évidente, que l'*ordinatio ad unum*, dans le sens indiqué ci-dessus, était nécessaire à l'humanité. Si, en comparant les deux Pouvoirs au corps et à l'âme, ou au soleil et à la lune, on arrivait à des conclusions convaincantes, c'est parce que personne ne doutait qu'on ne pût légitimement comparer la Société Humaine à un organisme unique, ou à une voûte céleste éclairée par une seule source de lumière. Pour que l'argument des deux glaives ait quelque valeur, il faut qu'on soit bien persuadé que ces deux glaives ont été destinés par la Providence à la protection d'une seule et unique Église. Il en est de même pour les autres arguments. — Ensuite, depuis le quatorzième siècle, le parti de l'Église, s'appuyant sur Boniface VIII, donne un vaste développement à l'*argumentatum unitatis*. Il va jusqu'à affirmer que, puisqu'il est hérétique d'admettre que l'univers soit dérivé de deux principes différents, il doit être également hérétique d'admettre deux vicaires égaux sur la terre (*ponere duos vicarios aequales in terris*). Voir par exemple Joh. Andr. au c. 13, X, 4, 17; Panorm. au c. 13, X, 2, 1; August. Triumph., 1, qu. 1, a. 6 et qu. 22, a. 3 (la *tota machina mundialis* étant unique, il ne peut y avoir qu'un seul *principatus*). Petrus de Andlo II, c. 9. Voir aussi les conséquences tirées de l' « *unitas principii* » par le clerc dans Somn. Virid. I, c. 37, 43, 45, 47, 101; l'énumération et la réfutation des arguments relatifs à ce principe de l'unité dans *Quaest. in utramque part.*, pp. 102 et suiv.; dans Occam *Octo* qu. I. c. 1, 5, 18; III, c. 1 et 9, ainsi que c. 8; Dial, III, tr. I, lib. 2, c. 1 et 30; et Anton. Rosell, I. c. 3, 4, 19, 39-55.

forme une unité, et si, par conséquent, il ne doit y avoir qu'un seul État, comprenant toute l'Humanité, cet État ne peut être autre chose que l'Église qui a été fondée par Dieu lui-même, et toute souveraineté temporelle n'est valable qu'en tant qu'elle représente une partie de l'Église. Ainsi l'Église, étant le seul véritable État, a reçu par un mandat de Dieu la plénitude de tous les pouvoirs spirituels et temporels, car chacun de ceux-ci fait partie intégrante de le Puissance, qui est unique (10). Le chef de cet État dans lequel tout

(10) Cette absorption de l'État par l'Église est déjà nettement proclamée, au moins en principe, par Grégoire VII. Car c'est bien cela qui se trouve dans l'explication qu'il donne de la « *potestas ligandi in cœlo et in terra* » confiée à saint Pierre, et du « *Pasce oves meas* ». Il demande en effet : « *Quod si sancta sedes apostolica divinitus sibi collata* principali *potestate* spiritualia *decernens dijudicat, cur non et* saecularia ? » (*Registrum* lib. 4 ep. 2 a. 1076, pp. 242-243), ou bien « *cui ergo aperiendi claudendique cœli data potestas est, de terra judicare non licet?* » (lib. 8 ep. 21 a. 1080, p. 279), ou encore : « *si enim cœlestia et spiritualia sedes b. Petri solvit et judicat, quanto magis terrena et saecularia* » (lib. 4 ep. 24 a. 1077, p. 455); comp. aussi lib. 4 ep. 23 p. 279 et lib. 1 ep. 63, p. 82, de même que le résumé des droits du pape dans le *Dictatus papae*, II, 55 a., pp. 174 à 176. — Mais c'est Jean de Salisbury qui, pour la première fois a développé ce système d'une manière scientifique. Pour lui la *respublica* est un corps formé par Dieu, à l'image du macrocosme de la nature et du microcosme de l'homme, dans lequel le *sacerdotium*, étant l'âme, a à gouverner le reste et, par suite, à guider, à élever ou à déposer le chef; Polycrat, IV, c. 1-4 et 6, V c. 2-6, VI c. 21. De même Thomas de Cantorbéry, ep. 179 ad Henr. II Reg. Angl. p. 652 : « *Ecclesia enim Dei in duobus constat ordinibus, clero et populo*; ... *in populo sunt reges, principes, duces, comites, et aliae potestates, qui saecularia habent tractare negotia, ut totum reducant ad pacem et unitatem Ecclesiae* ». De même encore Ive de Chartres ép. 106 p. 125; saint Bernard, ép. 256 et *De consid.* lib. 4 c. 3; Sanct. Anselmus Cantuar. *Comm. in Matth.* c. 26. Innocent III donna ensuite à la doctrine la forme juridique dans laquelle elle passa dans le Droit Canon. Voir particulièrement c. 34 X 1, 6; c. 6 X 1, 33; c. 13 X 2, 1; c. 13 X 4, 17; en outre lib. 2 ép. 202 a. 1199 dans Migne tome 214, p. 759 : *Petro non solum universalem ecclesiam, sed totum reliquit saeculum gubernandum.* Innocent IV exprime les mêmes idées sous une forme encore plus absolue; s'en rendre compte par ses lettres à Frédéric II dans v. Wessenberg, *die grossen Kirchenversammlungen*, tome 1 (2e éd. Constance, 1845) pp. 305-306; et Comm. sur le c. 13 X 4, 17. En principe Thomas d'Aquin, lui aussi, adopte le même point de vue; voir *De reg. princ.* I. c. 14-15; *Summa Theol.* II, 2 qu. 60, a. 6 ad. 3; *Opusc. contra errores Graecorum libell.* II c. 32-38 (le pape chef de la *Respublica Christi*). La même idée est encore exprimée avec plus de force dans Aegidius Romanus, *De pot. eccl.* I c. 2-9, II c. 4-5, 10-12, III c. 12. Cette doctrine,

se trouve compris est le Christ lui-même : mais il faut que Son royaume céleste soit reproduit en ce monde, puisque c'est déjà sur cette terre que l'unité de l'Humanité doit être réalisée (11). Par conséquent le Chef de l'Eglise, Représentant du Christ sur la terre, est l'unique Chef de l'Humanité : il exerce un Principat unique, par son essence, sur la Communauté des Mortels, il est son prêtre et son roi, son monarque spirituel et temporel, son suprême législateur et juge en toutes choses (12).

après qu'elle a reçu de Boniface VIII sa forme définitive, est l'objet de grands développements de la part des canonistes. Voir surtout Aug. Triumph. I qu. 1. a. 6 (l'*ecclesia* est identique à la *communitas totius orbis* qui comprend à la fois le *corporale* et le *spirituale*) et a. 8. Alvar. Pelag. I a. 13 et 37 : l'Église a le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel. De même a. 40 : l'Église est la véritable *politia*, dont l'État n'est qu'une partie; les deux pouvoirs sont « *partes integrales unius potestatis* »; ils ont la même *finis supranaturalis*, puisque le temporel ne doit être considéré que domme un moyen de réaliser les fins spirituelles. De même a. 59 D : « *partes distinctae unius potestatis* ».

(11) Voir surtout Thom. d'Aquin, *Summa contra gentil.* IV C. 76 pp. 625-626 (réfutation de l'objection qu' « *unum caput Christus* » suffirait pour assurer l'unité nécessaire : en ce qui concerne la « *praesentia corporalis* » il faut que le Christ soit représenté par un Monarque). Alvar. Pel. I a. 40 D (contre Dante).

(12) Cette doctrine a été formulée en termes explicites par les Papes suivants : Grégoire VII (voir les passages cités dans la note 10, et aussi lib. 1 ep. 55ª, a. 1075, p. 174 : *quod solus possit uti imperialibus insignus*); Innocent III (voir note 10) et surtout c. 13 X 4, 17 où, du plein pouvoir qu'il a reçu de Dieu comme étant « *ejus vicarius, qui est sacerdos in aeternum secundum ordinem Melchisedech, constitutus a Deo judex vivorum et mortuorum* », il déduit cette proposition « *quod non solum in Ecclesiae patrimonio, super quo plenam in temporalibus gerimus potestatem, verum etiam in alius regionibus, certis causis inspectis, temporalem jurisdictionem casualiter exercemus* »; comp. Reg. sup. neg. Imp. ep. 18 p. 1012 : « *vicarius illius, cujus est terra et plenitudo ejus, orbis terrarum et universi qui habitant in eo* ») ; Innocent IV (voir note 10); Boniface VIII (c. 1 cit : *subesse Romano Pontifici omni humanae creaturae declaramus, dicimus definimus et pronuntiamus omnino esse de necessitate salutis*; il s'intitulait lui-même Caesar et Empereur, comp. v. Wessenberg : *Kirchenversammlungen*, I. p. 307). — Parmi les Canonistes, dès le douzième siècle beaucoup disent : « *Papa ipse verus imperator* » ; comp. Summa Colon. (1160-1170) et Paris. (Vers 1170), au c. 3, C. 2 qu. 6 v. *eorum* et c. 7 C. 2 qu. 3 dict. Grat. dans Schulte, *Sitzungsberichte* (Acad. de Vienne) vol. 64, pp. 111, 131. De même Gloss. ordin. au c. 1, Dist. 22 v. *cœlestis* Thom. d'Aquin, lui aussi, dit « *nisi forte potestati spirituali etiam saecularis potestas conjungatur, sicut in Papa, qui utriusque potestatis aspicem tenet, sc. spiritualis et saecularis, hoc illo disponente, qui est sacerdos et rex in aeternum,*

Le pouvoir temporel du Pape. — Si néanmoins le parti du pape soutient que le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel doivent être séparés en vertu d'un ordre divin, il est bien entendu que ce principe de la séparation ne s'applique qu'à la façon dont ces pouvoirs doivent être exercés (13). Le droit divin interdit au pape,

sec. ordinem Melchisedech, etc... »; in libr. II, *Sent. dist.* 44, ad. 4 (Op. VI). Ptolom. Luc., *De regim. princ.* III, c. 10 : Pierre et ses successeurs ont été désignés par le Christ pour être à la fois Prêtres et Rois, de sorte que le Pape est « *caput in corpore mystico* » et que de lui vient « *omnis motus et sensus in corpore* »; il en est ainsi, non seulement dans les choses spirituelles, mais encore dans les choses temporelles, qui en dépendent comme le corps dépend de l'âme ; *ibid.* c. 13-19. De même Aegid. Rom. I. c. 2-3; Aug. Triumph. I. qu. I, a. 7-9; II. qu. 36; Petrus de Andlo II. c. 9. Plus nettement encore Alvar. Pelag. I. a. 13, particulièrement C et G; a. 37, R nº 19 (*est simpliciter praelatus omnium et monarcha*), et B b (*papa universalis monarcha totius populi Christiani et de jure totius mundi*); a. 52; a. 59 K (le Christ et le Pape sont un seul Chef, et non deux Chefs distincts); mais surtout la suite de raisonnements de l'a. 40 : (1) *politiae Christianae est unus principatus absolute* : (2) *hujus politiae Christ. unius unus est princeps regens et dirigens eam* : (3) *primus et supremus iste princeps politiae Christ. est Papa.* Des idées qui à certains égards vont encore plus loin, au sujet du *verum dominium temporalium*, sont exposées et réfutées par Joh. Paris, proem. et c. 15-43; Occam, Octo qu. I. c. 2, 7-19; II. c. 7; Dial. III. tr. I, lib. I, c. 2 et suiv.; lib. 2, c. I et suiv.; tr. 2, lib. I, c. 18 et suiv.; Ant. Ros. I. c. 1-19, et c. 39-55. Comp. aussi le Clerc dans *Somn. Virid.* c. 6, 8 ,10, 12, 77, 85, 89, 111, 117, 151, 163.

(13) Depuis Grégoire VII, tous les papes et leurs partisans sont unanimes à affirmer que, dans sa substance, le pouvoir temporel, aussi bien que le pouvoir spirituel, appartient au Siège de Saint Pierre, et que la séparation prescrite par le droit divin entre les deux pouvoirs s'applique seulement à leur administration et non à leur substance. Les divergences d'opinion n'apparaissent que quand il s'agit de fixer une limite entre le droit d'exécution attribué au pouvoir temporel et le droit éminent réservé au pape, et spécialement quand il s'agit de définir les cas où le pape, malgré la délégation faite aux magistrats séculiers, peut intervenir directement dans les affaires temporelles. — Il est donc erroné de prétendre que seule la « *potestas indirecta in temporalia* » dans le sens où l'entend Bellarmin, a été affirmée par les grands papes, et admise par l'opinion publique de la fin du Moyen Age; en réalité cette formule est apparue assez tard dans la doctrine pontificale. Cependant cette erreur a été faite par Hergenröther, *op. cit.*, pp. 421 et suiv., par Molitor, *op. cit*, pp. 166 et suiv. et par d'autres encore. Les mots d'Innocent IV, auxquels Molitor (pp. 179-181) attache une importance particulière, expriment seulement l'idée que régulièrement le glaive spirituel ne doit pas empiéter sur les prérogatives du glaive temporel, ce qui était généralement reconnu; c'est seulement à cette règle de la séparation des deux pouvoirs en matière administrative que se rapportent les mots d'Innocent « *directe,*

qui est investi du pouvoir suprême dans la Chrétienté, de porter lui-même le glaive temporel : aux prêtres est réservée la partie la plus digne de la puissance ecclésiastique, tandis que la partie temporelle est placée entre des mains moins dignes (14). Il faut donc reconnaître que la séparation du *Regnum* et du *Sacerdotium*, et par suite l'existence de l'État séculier, ont été prescrites par la volonté divine, et que la magistrature temporelle tient son autorité de Dieu lui-même (15). Mais le pou-

secus indirecte » (c. 13 X 2, 1). Plus loin Molitor invoque les expressions d'après lesquelles le pape, en vertu de son pouvoir spirituel, a également « *per consequens* » la domination sur les affaires temporelles, en tant que « *temporalia ordinantur ad spiritualia tanquam ad finem* »; mais, quand il se contente de justifier et de limiter ainsi la suprématie régulière du pouvoir spirituel sur le pouvoir temporel, le pape n'abandonne nullement son idée essentielle, celle d'un État universel dans lequel il aurait en principe la plénitude de tous les pouvoirs, aussi bien temporels que spirituels. En réalité, comme le reconnaît Molitor (pp. 91 et suiv.) ces mêmes papes et canonistes expriment formellement l'axiome que le pape a les deux glaives et qu'il ne donne pas le glaive temporel au bras séculier quand il lui en permet simplement l'usage. On ne peut concilier avec cet axiome la doctrine suivant laquelle le pape n'aurait qu'une *potestas indirecta*. C'est pourquoi Torquemada, malgré sa modération dans l'affirmation des droits du pape (*Summa* II, c. 113 et suiv.), ne peut être compté parmi les avocats de cette doctrine du « pouvoir indirect » puisqu'il réclame pour le Pape, en propres termes, *utriumque gladium* et la juridiction temporelle *in radice* (c. 114). Mais on pourrait trouver une indication de la future doctrine du seizième siècle dans un passage de Gerson qui attribue à l'Église, en matière temporelle, « *dominium quoddam directivum. regulativum et ordinativum* ». (De pot. eccl. c. 12 op. II 248).

(14) Voir Joh. Saresb. IV c. 3; l'Église a les deux glaives : « *sed gladio sanguinis... utitur per manum principis, cui coercendorum corporum contulit potestatem, spiritualium sibi in pontificibus auctoritate reservata : est ergo princeps sacerdotii quidem minister et* qui sacrorum officiorum illam partem exercet, quae sacerdotii manibus videtur indigna » Aegid. Rom. I. c. 9; August. Triumph. I. qu. I. a. 4, u. 43, a. 2; Alvar. Pelag. I. a. 13 et 37.

(15) Comme il est aisé de le prévoir, tous les représentants de la théorie ecclésiastique maintiennent, sous une forme ou sous une autre, non seulement la séparation des deux pouvoirs, mais encore l'institution divine de l'autorité temporelle : elle est en effet une vérité révélée et affirmée par les Écritures (Saint Paul, Rom. XIII, 1 : Que chacun, soit soumis à l'autorité qui a pouvoir sur lui. Car il n'y a pas d'autorité qui ne vienne de Dieu, et partout où existe l'autorité elle est d'institution divine. Saint Matth. XXII, 27 : Rendez donc à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu). De même Grégoire VII lib. 2 ep. 31, lib. 3 ep. 7, lib. 7 ep. 21, 23, 25. Innocent III, lib. 7 ep. 212 (vol. 215,

voir temporel ne possède ce mandat et cette sanction divine que par l'intermédiaire de l'Eglise. En effet l'État, sous sa forme concrète, a une origine terrestre, et non une origine céleste comme l'Église; l'existence même de cet État, en tant qu'antérieure et extérieure à l'Église, est le produit d'une nature humaine viciée par le péché originel; sa fondation a été l'effet d'un acte de violence toléré par Dieu ou bien d'une fraude commise dans une intention coupable; il est donc soumis, par sa nature, à l'état de débilité qui est commun à toutes les créations humaines (16). C'est pourquoi l'État a

p. 527). *Registr. sup. neg. Rom. Imp.* ep. 2 et 79; Joh. Saresb. Polycr. IV c. 1. pp. 208-209 et VI c. 25, pp. 391-395; Thom. Aquin. in libr. II Sent., dist. 44, ad. 4 (*utraque deducitur a potestate divina*;. Ptol. Luc. III c. 1-8; Alv. Pel. I a. 8, 41 C-K, 56 B; Host. Summa IV, 17; Panorm. au c. 13 X 2, 1.

(16) La doctrine de saint Augustin est résumée par Grégoire VII qui déclare que le pouvoir temporel est l'œuvre du péché et du Diable. Voir lib. 8, ep. 21, ann. 1080, pp. 456-457 : « *Quis nesciat reges et duces ab iis habuisse principium, qui Deum ignorantes, superbia, rapinis, perfidia homicidiis, postremo universis sceleribus, mundi principe diabolo videlicet agitante, super pares, scilicet homines, dominari caeca cupiditate et intolerabili praesumtione affectaverunt?* » Et plus haut : « *Itane dignitas a saecularibus — etiam Deum ignorantibus — inventa, non subicietur ei dignitati, quam omnipotentis Dei providentia ad honorem suum invenit mundoque misericorditer tribuit?* » Voir aussi lib. 4, ep. 2, ann. 1076, p. 243 : « *Illam quidem* [*scilicet regiam dignitatem*] *superbia humana repperit, hanc* [*episcopalem*] *divina pietas instituit*; *illa vanam gloriam incessanter captat, haec ad coelestam vitam semper aspirat* ». Des arguments du même ordre sont exposés par le cardinal Deusdedit (mort en 1099), dans son ouvrage : *Contra invasores et simoniacos et reliquos schismaticos* lib. III, sect. 5 et 6, § 12 (dans Mai VII p. 107) : « *Nec mirum, sacerdotalem auctoritatem quam Deus ipse per se ipsum constituit, in hujusmodi causis regiam praecellere potestatem*, quam sibi humana praefecit adinventio, *eo quidem* permittente, *non tamen* volente » ; là-dessus, il cite l'exemple des Juifs. Jean de Salisbury, Polycrat. VIII. c. 17-18, 20, déclare : « *Iniquitas per se aut* praesumpsit *aut* extorsit *a Deo* » tous les royaumes; le dernier exemple est celui des Juifs : « *Populus a Deo, quem contempserat sibi regem extorsit* ». (Cf. Reges I, 8). — Hugues de Fleury (Prol. I. c. 1, 4, 12, II, pp. 66 à 68), qui, du précepte « *Non est potestas nisi a Deo* » déduit que le pouvoir royal vient directement de Dieu, et décrit comme une erreur très répandue la doctrine d'après laquelle ce pouvoir aurait une origine humaine, c'est-à-dire viciée par le péché. Innocent III (Reg. sup. neg. Imp. ep. 18), explique la solidité du *Sacerdotium* et la fragilité du *Regnum* par cette raison, que « *sacerdotium institutum fuit per ordinationem divinam, regnum fuit extortum ad petitionem humanam* ». (Cf. Reges I, 8.) Comparer August. Triumph. II, qu. 33, a. 1. De même

besoin d'être sanctifié par l'autorité de l'Église pour effacer sa tache originelle et pour devenir, avec la sanction divine, un membre légitime de cette Société Humaine que Dieu a voulue. A ce point de vue, c'est de l'Église seule que le pouvoir temporel reçoit son existence réelle et que l'Empereur et les Rois reçoivent le droit de commander *(Herrscherrecht)* (17). Et

Alvar Pelag. I. a. 59 G (*regnum terrenum, sicut ipsa terrena creatura sibi constituit tanquam ultimum finem, ... est malum et diabolicum et opponitur regno coelesti*) et 64 D-E (*sordida regni temporalis initia*). — Gerson Op. IV. 648 : « *causa efficiens* (*dominationis et coercitivi dominii*) *fuit peccatum* ». Petr. Andl. I. c. 1 : *fuit itaque solum natura corrupta regimen necessarium regale*; sans le péché originel il n'y aurait pas eu de droit de propriété ni de domination seigneuriale, mais, sous le gouvernement direct de Dieu, la terre aurait connu la liberté, l'égalité et la communauté des biens, tels qu'ils existent dans l'autre monde. Voir aussi Frédéric II dans *Petr. de Vin.* ep. V C. 1. [Dans le même ouvrage : *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, t. III, pp. 125 et 126, M. Gierke a exposé la doctrine du *De civitate Dei* de saint Augustin, d'après laquelle l'origine de l'État serait viciée par le péché].

(17) Déjà Honorius Augustodunus, Summa gloria, c. 4 (dans Migne vol. 172, pages 1263-1265) déclare que la dignité du *sacerdotium* est supérieure à celle du *regnum* autant que la dignité de l'âme est supérieure à celle du corps; aussi le *regnum jure ordinatur* par le *sacerdotium*; et, de la même façon que l'âme vivifie le corps, le *sacerdotium constituens ordinat regnum* : « *Igitur quia sacerdotium* jure *regnum* constituet, *jure regnum sacerdotio subjacebit.* » — De même Hugues de Saint-Victor : *De sacram.* lib. II pars 2, c. 4 : le pouvoir spirituel est d'une dignité supérieure à celle du pouvoir temporel, « *nam spiritualis potestas terrenam potestatem* et instituere habet, ut sit, *et judicare habet, si bona non fuerit*; *ipsa vero a Deo primum instituta est, et cum deviat, a solo Deo judicari potest, sicut scriptum est : Spiritualis dijudicat omnia et ipse a nemine judicatur* »; le pouvoir spirituel est supérieur, non seulement en dignité, mais encore en ancienneté; en effet, dans l'Ancien Testament « *primum a Deo sacerdotium institutum est*, postea vero per sacerdotium jubente Deo regalis potestas ordinata »; « *unde in Ecclesia adhuc sacerdotalis dignitas potestatem regalem consecrat et sanctificans per benedictionem, et* formans per institutionem. » — Les mêmes termes se retrouvent dans Alexander Halensis : *Summa theologica* P. IV. qu. X, membr. 5, art. 2. Puis Aegid. Rom. *De pot. eccl.* I. c. 4, avec lequel s'accorde Boniface VIII dans la *Bulle Unam Sanctam* : « *Nam veritate testante spiritualis potestas terrenam potestatem instituere habet et judicare, si bona non fuerit* ». Comp. aussi Joh. Saresb. (cité ci-dessus note 14) et Thom. Cantuar. qui, (à la suite du passage cité ci-dessus note 10), s'exprime en ces termes : « *et quia certum est, reges potestatem suam accipere ab Ecclesia, non ipsam ab illis, sed a Christo* ». Vincent. Bellovac. lib. VII, c. 32. Exposé des plus complets dans Alvar. Pelag. I. a. 36,37 (*regalis potestas est per sacerdotalem ordinata*), 56 B, 59 F-G (le pouvoir spirituel est cause efficiente et finale du pouvoir temporel, et c'est par là seulement que le royaume

le gouvernement temporel, une fois constitué, continue toujours à être un membre et un serviteur de l'organisation de l'Église, un instrument du seul et éternel objet de cette Eglise, et, en dernier ressort, une institution ecclésiastique (18). C'est pourquoi tout le Droit séculier (*leges*) est tenu de rester dans les limites et la compétence qui lui sont assignées par le Droit spirituel (*canones*) (19). C'est pourquoi aussi le pouvoir temporel

terrestre, dont le principe même est vicié par le péché, participe à la sainteté du royaume céleste). August. Triumph. I. qu. 1. a. 1 et 3, qu. 2 a. 7, II. qu. 33, a. 1 et 2 (*l'imperium tyrannicum* existait avant le *sacerdotium*, et ce sont les Papes qui ont établi l'*imperium politicum, rectum et justum* pour la défense et le service de l'Église). — Hostiensis, au c. 8, X. 3, 34, nos 26,27. — Panormitanus, au c. 13, X, 2, 1. — Konrad de Megenberg, dans *Höfler, Aus Avignon*, pp. 24 et suiv. — D'ailleurs c'est bien une relation de ce genre qui était admise entre les deux pouvoirs quand on les comparait au soleil et à la lune, image qui se trouve déjà dans Geroh de Reichersberg, praef. c. 3, et qui est rendue officielle par Innocent III : c. 6, X. 1, 33, de même lib. I, ep. 104, vol. 214, p. 377 et *Reg. s. neg. Imp.* ep. 2, 32 et 179; en effet la lune emprunte sa lumière au soleil (ep. 104 cit.). La comparaison avec le corps et l'âme, qui était encore plus fréquente, répondait à la même idée, l'âme étant regardée comme le principe constitutif du corps. Voir Honorius Augustodinus, déjà cité ci-dessus, et Ptol. Luc. *De reg. princ.* III c. 10 (*sicut ergo corpus. per animam habet* esse, virtutem *et* operationem, ... *ita et temp. jurisd. principum per spiritualem Petri et ejus successorum*).

(18) Cette conception du rôle de l'État se trouve déjà exprimée lorsque d'une part, les deux pouvoirs spirituels s'attribuent respectivement le domaine spirituel et le domaine temporel, et que, d'autre part, les fins temporelles sont considérées comme de simples moyens de réaliser des fins spirituelles. Voir Grégoire VII, lib. 8, ep. 21; Innoc. III, *Respons. in consist. in Reg. sup. neg. Imp.* ep. 18, pp. 1012 et suiv.; c. 6, X. 1, 33. Thom. Aquin. *De reg. princ.* I. c. 14-15 : les *sacerdotes* ont la *cura ultimi finis*, les *reges terreni* ont seulement la *cura antecedentium finium*; « *ei, ad quem finis ultimi cura pertinet, subdi debent illi, ad quos pertinet antecedentium finium, et ejus imperio dirigi* ». Voir aussi Thom. Aquin. dans libr. II Sent. dist. 44 *in fine*, et *Summa Theol.* II. 2, qu. 60, a. 6, ad. 3. Vincent Bellovac lib. VII, 3 et 32. Aegid. Rom., *De pot. eccl.* I c. 5 : « *Potestas regia est per pot. eccl. et a pol. eccl. constituta et ordinata in opus et obsequium ecclesiasticae potestatis.* » Aug. Triumph. I. qu. 1, a. 8 : « *temporalia et corporalia... ad spiritualia ordinantur tanquam instrumenta et organa.* » Alv. Pel. I. a. 37 P et R, a. 40 et 56. Durandus a S. Porciano, *De origine jurisdictionis*, qu. 3 : « *temporalia quae ordinantur ad spiritualia tanquam ad finem.* » Panorm. c. 13, X. 2, 1.

(19) Cette thèse a déjà été soutenue par Deusdedit, *Contra invasores*, lib. III. sect. 5 et 6, § 13, p. 108. Petri Exceptiones, I. c. 2, dans Savigny, *Gesch. des rom. Recht.*, II. 322. *Dictum Gratiani* au c. 6, Dist. 10. Petr. Blesensis jun. Specul. c. 16. Vincent Bellovac. lib. VII, c. 33. Aug.

tout entier est soumis au pouvoir spirituel et lui doit l'obéissance (20). C'est enfin pour la même raison que les fonctions de l'Empereur, des rois et des princes sont des fonctions ecclésiastiques (21).

Triumph. I qu. 1, a. 3, et II. qu. 44, a. 1-8. Alv. Pelag. I. a. 44. Occam, *Octo* qu. III. c. 9.

(20) Voir Grégoire VII, lib. I, ep. 63; lib. 4, ep. 2, ep. 23, ep. 24; lib. 8, ep. 21 (spécialement p. 464). Cardinal Deusdedit, *Contra invasores*, lib. III, *per totum.* Honorius Augustodunus, *Summa gloria*, p. 1265 : « *jure regnum sacerdotio subjacebit* » (voir ci-dessus note 17). Joh. Saresb. V. c. 2, p. 252. Thom. Cantuar. epist. 177-184, pp. 648 et suiv. Ive de Chartres, ep. 106, Henrico Anglorum Regi, p. 125 : « *regnum terrenum coelesti regno, quod Ecclesiae commissum est, subditum esse semper cogitatis; sicut enim sensus animalis subditus debet esse rationi, ita potestas terrena subdita esse debet ecclesiastico regimini; et quantum valet corpus nisi regatur ab anima, tantum valet terrena potestas nisi informetur et regatur ecclesiastica disciplina; et sicut pacatum est regnum corporis cum jam non resistit caro spiritui, sic in pace possidetur regnum mundi, cum jam resistere non molitur regno Dei* » : Vous (Roi Henri), n'êtes par *dominus*, mais *servus servorum Dei*; vous êtes *protector, non possessor.* Comp. ep. 60, pp. 70 et suiv. Si, dans ce passage et dans d'autres (ep. 214, pp. 217 et suiv., et ep. 238, p. 245), Ive de Chartres insiste sur la nécessité de l'accord du *sacerdotium* et du *regnum* pour la prospérité de l'*ecclesia*, dont l'unité est rompue quand ces deux pouvoirs se combattent, et s'il exhorte le pape (ep. 238), à contribuer à cet accord — tout en sauvegardant la majesté du siège apostolique, — il n'en estime pas moins qu'au point de vue du droit strict le *regnum* dépend absolument du *sacerdotium.* De même pour Alexander Halensis, III, qu. 40, m. 2. Rolandus (Alexander III), *Summa*, p. 5 D. 10. Innocent III, c. 6, X, 1, 33. Thom. Aquin. *De rep. princ.* I. c. 14 (*Romano pontifici omnes reges populi Christi oportet esse subditos, sicut ipsi Domino Jesu Christo*); *Opusc. contra, impugn. relig.* II. c. 4, concl. 1; *Summa Theol.* II. 1, qu. 60, a. 6, ad. 3 (*potestas saecularis subditur spirituali. sicut corpus animae*); libr. II sent. d. 44; Quodl. 12 qu. 13 a. 19 ad. 2. Aegid. Rom. *De pot eccl.* I. c. 7. (deux glaives, comparés à l'âme et au corps, *quorum unus alteri debet esse subjectus*) ; II. c. 4, 10 et 12. Boniface VIII dans la *Bulle Unam Sanctam* : *Oportet autem gladium sub gladio esse et temporalem auctoritatem spirituali subjici potestati.* August. Triumph. I. qu. 1 a. 1 et 3, II qu. 36, 38, 44 a. 1 (*Papa est medius inter Deum et populum Christianum*; ... *medius inter Deum et imperatorem*; ...*a quo imperatori respublica commissa*). Alv. Pel. I a. 13, 37 Q-R, 56, 59. Andr. Isern. I Feud. 29, pr. nº 2. Barthol. Soc. III, cons. 99, nº 18. Cardin. Alex. c. 3, D. 10. Le commentaire au c. 6 X 1, 33. Cf. aussi Höfler, Kaiserthum, 57 et suiv., 80 et suiv., 137 et suiv. — On voit toujours revenir certaines comparaisons, par exemple avec l'or et le plomb, le ciel et la terre, le soleil et la lune, l'âme et le corps; cette dernière, si elle est prise au pied de la lettre, doit entraîner la soumission inconditionnelle de l'État, comme le montre le passage d'Ive de Chartres cité plus haut.

(21) Voit Joh. Saresb. (ci-dessus note 14) et Thom. Cantuar. (ci-dessus note 10). Summa Parisiensis (ci-dessus note 12) : *imperator vicarius ejus.*

Le pape a les deux glaives. — De ces principes fondamentaux découlent logiquement les prétentions à l'autorité suprême (*Oberhoheit*), que le Pape, détenteur du *Sacerdotium* souverain, élève contre l'Empereur détenteur de l'*Imperium* et contre tous les détenteurs d'un pouvoir temporel indépendant. On voit se former la théorie générale de l'Église, d'après laquelle l'Empereur, et tous les autres souverains, ne tiennent leurs fonctions qu'indirectement de Dieu, mais directement du Chef de l'Église, qui, dans cette matière comme dans les autres, agit en qualité de Représentant de Dieu. Le parti ecclésiastique explique l'allégorie des deux glaives de la façon suivante : Dieu a donné les deux glaives à Pierre, et par l'intermédiaire de celui-ci aux Papes, pour qu'ils gardent le glaive spirituel entre leurs mains, et qu'ils inféodent à d'autres le droit de se servir du glaive spirituel. Cette inféodation donne au bénéficiaire, non pas un droit de libre propriété, mais le droit d'exercer une fonction ecclésiastique. Elle n'enlève la propriété d'aucun des deux glaives au Pape, qui a les deux pouvoirs *habitu*,

Ptol. Luc. III. c. 17 : *imperium ad exequendum regimen fidelium secundum mandatum pontificis ordinatur, ut merito dici possint ipsorum executores et cooperatores Dei ad gubernandum populum Christianum.* Aegid. Rom. *De pot. eccl.* c. 5. Hostiensis au c. 8. X. 3,34, n°s 26-27. August. Triumph. I qu. 1. a. 8 (les princes sont « *quasi ministri et stipendiarii ipsius papae et ipsius ecclesiae* », ils ont à remplir une fonction et c'est seulement pour en toucher la solde qu'ils ont des droits « *de thesauro ipsius ecclesiae* »); qu. 44 et 45; II qu. 35 a. 1 et 38 a. 2-4 (l'Empereur est le ministre du Pape); I qu. 22, a. 3 (l'Empereur est comparé à un proconsul). Alv. Pel. I. a. 40 : l'Église, qui est l'État de toute humanité (*Menschheitsstaat*), donne (par le baptême) et retire le droit de cité dans cet État, et de même elle répartit, entre ceux qui ont été baptisés, les fonctions spirituelles et temporelles; la consécration sacerdotale et l'onction confèrent en premier lieu le pouvoir d'exercer la domination temporelle sur le « *sanctus populus Dei* », mais elles sont encore (d'après l'a. 56 B et P) une véritable « *approbatio et firmatio*; voir aussi a. 13; et a. 40 K (*sicut anima utitur corpore ut instrumento, ... sic papa ... utitur officio imperatoris ut instrumento*); a. 52-54 (toutes les fonctions, aussi bien temporelles que spirituelles, sont des « *gradus in ecclesia* »). Le Clerc dans *Somn. Virid.* II. c. 163. (Voir dans Joh. Paris : prooem. la réfutation de l'opinion d'après laquelle les *praelati et principes* seraient seulement les *tutores, procuratores et dispensatores* du *verum dominium temporalium* des Papes.

bien que le pouvoir spirituel seul lui appartienne *actu*. Il conserve le véritable *dominium* sur les deux glaives et ce qu'il concède sur le glaive temporel, c'est simplement un droit d'usage indépendant qui est désigné sous le nom d'*usus immediatus* ou de *dominium utile* (22). Dans

(22) Le passage de l'Évangile de saint Luc, c. 22, v. 38 (d'après lequel le Christ « *spiritualem gladium et materialem esse in defensione ecclesiae* » *voluit*), semble avoir été employé pour la première fois à un point de vue allégorique par Goffredus abbas Vindocinensis (Migne, vol. 157, p. 220); mais celui-ci n'en tire parti que pour réclamer l'accord du *sacerdotium* et du *regnum*. Gerhoh Reichersp. lui non plus, ne va pas plus loin. Bernard de Clairvaux, ep. 256, ann. 1146 (dans Migne, vol. 182, p. 463), paraît être le premier à interpréter cette allégorie dans le sens qui fut adopté plus tard par les champions de l'Église : *Petri uterque est, alter suo nutu alter sua manu*; voir aussi De consider. IV, c. 3 (dans Migne vol. 186, p. 776). Johann. Saresb. Polycrat. IV, c. 3, écrit déjà : *hunc ergo gladium de manu ecclesiae accipit princeps, cum ipsa tamen gladium sanguinis non habeat*; habet tamen et ipsum, sed utitur per principis manum. De même S. Anselmus Cantuar. Comm. in Matth. c. 26. Parmi les Papes, Innocent III, Grégoire IX, Innocent IV et Boniface VIII (*Bulle Unam Sanctam* et *Discours au synode de Rome* dans Hefele, Konziliengeschichte, vol. VI, § 689), ont élevé cette théorie au rang d'une doctrine officielle. Elle a été reconnue par plusieurs Empereurs, entre autres Othon IV, Frédéric II et Albert (1302 et 1303); voir Höfler, pp. 86 et 134. Depuis lors, elle a été considérée comme un axiome évident du Droit Canon, de sorte que Prosdocimus de Comitibus (numéro 55) en exposant la théorie des deux glaives peut caractériser les deux points de vue contradictoires comme résultant d'une « *differentia inter leges et canones* ». Comp. Glossa Ord. au c. I., Dist. 22 v. « *coelestis* » : « *argumentum quod papa habet utrumque gladium, scil. spir. et temp.* » (L'objet de cette glose est le texte suivant de Petrus Damianus, Opusc. IV, qui prête à diverses interprétations : « *beato aeternae vitae clavigero terreni simul et coelestis imperii jura commisit* ».) Voir une citation d'Alanus dans Lup. Beb. c. 9 p. 368. Gloss. Ord. au c. 13, X. 1, 2 : « *verum executionem gladii temporalis imperatoribus et regibus commisit ecclesia*; *quaedam enim possumus aliis committere, quae nobis non possumus retinere* ». Commentaires (au c. 34, X. 1, 6, c. 1, X 1, 7; c. 13, X. 2 ; I, c. 10, X. 2, 2) par Innocentius, Zabarella, Ant. Butrigarius, Felinus et Decius. Selon Panormitanus, par exemple, l'*imperium* serait « *non immediate a Deo, sed per debitam et subalternatam emanationem a vicario Christi Jesu, apud quem sunt jura coelestis et terreni imperii* »; c'est dans ce sens qu'il faudrait entendre le mot de l'Écriture « *non est potestas nisi a Deo* »; mais on pourrait aussi lui faire signifier que, conformément à la volonté divine, un des glaives appartient aux souverains temporels « *respectu exercitii* ». Voir encore Aegid. Rom. *De pol. eccl.* I. c. 7-9. Schwabenspiegel c. 1. August. Triumph. I. qu. 1 a. 1, et II. qu. 36, a. 1-4. Alv. Pelag. I. a. 13,37 S (*dominus legitimus... utilis*) et Z, 40 K, 59 D (le Pape reste toujours le « *primum movens* », même quand le Prince est le « *proximum movens* », II, a. 57; Konr. Megenb. dans *Höfler* : *aus Avignon*, pp. 24 et suiv. Petrus a Monte, dans *Tr. U. J.* XIII, 1 f. 152 et suiv. Petrus de

l'esprit du système juridique de la féodalité, le droit du Pape sur le pouvoir temporel apparaît comme un véritable droit de suzeraineté (*Lehnsherrlichkeit*); l'Empereur est le premier des vassaux du Pape, et le serment qu'à son couronnement il prête au Pape peut être considéré comme un véritable *homagium* (23). En tout cas l'Empereur, comme tout autre souverain temporel, est obligé d'employer le glaive qui lui a été confié au service de l'Église et sous la direction de celle-ci (24). Par conséquent, le glaive spirituel ne donne pas au Pape seulement le droit de surveiller, de diriger, et de corriger par des moyens spirituels tous les actes des souverains (25).

Andlo II c. 9. Turrecremata, *Summa de eccl.* II c. 114. Ce point de vue est naturellement adopté par un petit nombre de légistes, comme Bartolus lib. 1, § 1, Dig. 48,17 et Paulus de Castro lib. 8, Dig. 1, 3, n° 6, et par quelques feudistes, comme Andr. de Isern. II feud. 55, n° 87. — Tous les arguments pour et contre sont réunis par Occam, qui établit des distinctions précises entre les différentes nuances de la doctrine « *Imperium a Papa* » : voir Octo qu. 1, c. 2, 18-19, et la réfutation c. 6-17; voir aussi II c. 1-4, 12, 15, et la réfutation c. 6-14; VIII. c. 1; Dial, III. tr. 2 l. 1, c. 18-25.

(23) Cp. par exemple Innoc, IV, au c. 10, X. 2, 2, n° 1; Thom. Aquin, Quodl. 12 qu. 13 a. 19 ad. 2 : *Reges sunt vassalli ecclesiae.* Clément V dans *Clem. un. de jurejurando*, 2, 9, et les commentaires qui s'y joignent. Aug. Triumph. I, qu. 1, a. 1; II. qu. 38, a. 4; Alv. Pel. I. a. 13 B, a. 40 a. 57; Konr. Megenb. dans Höfler : *Aus Avignon*, pp. 24 et suiv.; Petr. Andl. II c. 2; Panorm. c. 13, X. 2, 1.

(24) Selon Saint Bernard, *De consider.* IV. c. 3, le glaive temporel doit être employé « *ad nutum sacerdotis et ad jussum imperatoris* ». Grégoire IX (Raynald, ann. 1233, n° 1) répète la première partie de cette phrase, mais omet la seconde. Aegid. Rom., *De pot. eccl.* I. c. 8-9, dit que le Pape a les deux glaives, « *sed decet Ecclesiam habere materialem gladium non ad usum sed ad nutum* ». Voir également ci-dessus les notes 20 et 21.

(25) Innocent III est le premier à établir une distinction nette entre : 1° l'usage normal du glaive spirituel sur les actes des souverains temporels qui relèvent de la juridiction ecclésiastique, et 2°, les cas exceptionnels dans lesquels le Pape se sert directement du glaive spirituel. Voir en particulier c. 13, X. 2, 1 (libr. 7, ep. 42, ann. 1204) d'une part, et c. 13, X. 4. 17, d'autre part. Voir aussi Innocent IV; comp. la lettre de 1245 dans Hefele, V, 1001; *nec curabimus de cetero gladio uti materiali, sed tantum spirituali contra Fridericum*; l'Encyclique de 1246 : « *spiritualiter de temporalibus judicare* »; Comm. au c. 13 X 2, I. Comp. Host. *Summa*, 4, 17 *sicut contra et supra et praeter naturalem et humanam rationem Filius Dei incarnatus et natus est, sic jurisdictio spiritualis, quam Ecclesiae reliquit, contra et super et praeter naturam jurisdictionis trahit ad se principalem*

Quand les affaires marchent régulièrement, le Pape doit éviter toute immixtion directe dans le domaine temporel et respecter le pouvoir légitimement acquis des souverains (26); cependant, il a non seulement le droit, mais même le devoir, d'intervenir directement dans l'administration des affaires temporelles toutes les fois que l'occasion s'en présente (*casualiter*) pour un motif sérieux (*ex rationabili causa*) (27). C'est pourquoi il peut, s'il en a

jurisdictionem temporalem, si id, quod de jurisdictione spirituali est, in ea incidit. — Petrus Paludanus : *De causa immediata eccl. pot.* a. 4 : *Papa est superior in spiritualibus et per consequens in temporalibus, quantum necesse est pro bono spirituali.* — Johann. Andr. c. 13, X. 4, 17 : *temporalia per quandam consequentiam.* Turrecremata, II, c. 113 et suiv. — D'autre part, dans l'argumentation de Grégoire VII. lib. 4, ep. 2, et lib. 8, ep. 21, le droit qu'il réclame de déposer l'Empereur se confond entièrement avec le droit d'excommunier ce même Empereur. De même les écrivains postérieurs, qui accordent à peine une indépendance quelconque au glaive spirituel, ne distinguent pas clairement entre les cas ordinaires, dans lesquels le pouvoir spirituel dirige les Souverains et les cas extraordinaires, dans lesquels le Pape exerce lui-même le contrôle du pouvoir temporel; cf. par exemple Joh. Saresb. Polycr. IV, c. 1-4; Aegid. Rom. *De pot. eccl.* I, c. 2-4, II c. 4 et surtout III c. 4-8; August. Triumph. I. qu. 1 a. 1 (*institui, regulari et ordinari si bona sit, condemnari et judicari si bona non sit*); Alv. Pel. I. a. 37, 56, 58; Cler. in Somn. Virid. II, c. 18, 22, 24, 26, 28, 32, 69, 139.

(26) A l'appui de cette opinion, cf. Innocent III dans c. 13 X 4, 17 : il ne doit pas y avoir d'empiètement sur le *jus alienum*, puisqu'il est dit dans l'Écriture « Rendez à César ce qui est à César ». De plus, sur la séparation des « *duo gladii, pontificalis auctoritas et regalis potestas* », qui doivent réciproquement respecter leurs droits, se soutenir (*si utraque pars per reliquam fuerit potenter adjuta*), et réaliser par leur accord le bonheur du monde au point de vue spirituel comme au point de vue temporel, on trouve une insistance remarquable dans *Reg. sup. neg. Imp.* ep. 2 ,vol. 216 p. 997, et ep. 179, p. 1162, et encore lib. 7, ep. 54 et 79, vol. 215, pp. 339 et 361; lib. 10, ep. 141, p. 1235; lib. 11, ep. 28, p. 1358. Innocent IV : Commentaires au c. 13 X 4, 17 : *nam temporalia et spiritualia diversa sunt, et diversos judices habent, nec unus judex habet se intromittere de pertinentibus ad alium, licet se ad invicem juvare debeant,* — Hostiensis : *Summa,* 4, 17 : *jurisdictiones distinctae; ...nec debet se intromittere de subditis Imperatoris, nisi forte in casibus.* — *Gloss. Ord.* au c. 13 X 4, 17; au c. 13 X 2, 1 : *non ergo de temporali jurisdictione debet intromittere se Papa nisi in subsidium.* Anton. Butr. au c. 13 X 4, 17. Joh. Andr. au c. 13 X 2, 1. Panorm. au c. 13 X 2, 1. Turrecremata II c. 113.

(27) Saint Bernard : *De consider.* I c. 6 : *ubi necessitas exigit, ... incidenter, ...causa quidem urgente.* — Innocent III au c. 13 X 4, 17 : le pouvoir peut être exercé *casualiter* si *causae multum arduae* le requièrent. (Sur la signification du *casualiter* et des variantes de lecture *carnaliter*

de justes raisons, retirer l'*Imperium* à certains peuples et à certains individus pour le conférer à d'autres (28) : et en réalité c'est par l'effet de son pouvoir absolu qu'il a fait passer cet *Imperium* des Grecs aux Germains (*translatio Imperii*) (29). Il lui appartient de placer l'Empereur et les Rois à la tête des peuples, et il exerce ce droit partout où il n'y a pas d'autre mode d'institution en vigueur, ou bien où ce mode d'institution a montré son insuffisance (30). Ce droit trouve une application spéciale dans l'élection de l'Empereur, car elle n'est faite par les Princes-Électeurs qu'en vertu d'une concession du Pape, que celui-ci peut toujours révoquer s'il en a de justes mo-

et *causaliter* voir Molitor pp. 61 et suiv.). — Gloss. Ord. *loc. cit* : « *in subsidium* ». Hostiensis au c. 13, X. 2, 1. Thom. d'Aquin : *Summa Theol.* II, 2 qu. 60 a. 6 ad. 3. Joh. Andr. c. 13, X. 2, 1. Anton. But. c. 13 X 4, 17 : « *non regulariter* ». Panorm. *loc. cit.* : en cas de nécessité, s'il y a des *negotia ardua se intromittere debet.*

(28) Grégoire VII lib. 8 ep. 21 a. 1080, p. 464 : « *quapropter quos sancta Ecclesia sua sponte ad regimen vel imperium deliberato consilio advocat,* (*iis*) *non pro transitoria gloria, sed pro multorum salute, humiliter obediant* » Saint Bernard, ep. 236 : Landulf. Col. *De transl. Imp.*, c. 8. Ptol. Luc. III c. 10. Aug. Triumph. II qu. 37, a. 5 : « *regnorum omnium translatio audoritate papae facta fuit vel alicujus qui ipsum figurabat* » (comme Samuel, Daniel, etc.) et qu. 46 a. 3 : *est Dei vice omnium regnorum pro visor.* — Konrad de Megenberg dans Höfler, *aus Avignon*, p. 24 et suiv. : la translation ne doit pas être faite arbitrairement, mais d'après la loi divine. — Panorm. c. 13, X. 2, 1 : *hinc est quod imperium transferre potest de certo genere personarum ad aliud gemus.* — Turrecremata, II. c. 115. Occam. Octo qu. IV c. 4 et VIII, c. 3; Dial. III tr. 2 lib. I, c. 20

(29) Innocent III dans c. 34, X. 1, 6, et tous les commentaires sur ce canon. Ptol. Luc. III, c. 18. Landulf. Col. *loc. cit.* c. 3-8. Aug. Triumph. II qu. 37 a. 1-4. Alv. Pel. I a. 13 F et 41; Andr. Isern. prooem. feud. nº 37. Petr. Andl. I c. 13-15, II c. 3. Occam, *Octo* qu. IV, c. 5.

(30) Voir ci-dessus les notes 17 et 21, et ci-dessous la note 34. A remarquer que ce droit est déjà réclamé par Grégoire VII, comme il apparaît dans ce passage d'une lettre qu'il adresse (ann. 1080) à l'évêque Hermann de Metz (c. 3, C. 15, qu. 6) : « *Alius item Romanus Pontifex, Zacharias scilicet, regem Francorum non tam pro suis iniquitatibus, quam pro eo, quod tantae potestati erat inutilis, a regno deposuit et Pipinum, Caroli imperatoris patrem,* in ejus loco substituit, *omnesque Francigenas a juramento fidelitatis* (*quod illi fecerant*) *absolvit.* » Dans deux lettres datées de 1077 (lib. IV ep. 23 et 24 pp. 275 et suiv.) il réclame aussi le droit de trancher les querelles relatives à la succession au trône, et oblige tous les hommes à obéir à celui qu'il confirmera *in regia dignitate.*

tifs (31). Le Pape est et reste le véritable électeur de l'Empereur. C'est donc à lui qu'il appartient d'examiner et de confirmer chaque élection ; c'est à lui que l'élection est dévolue toutes les fois qu'il se présente un des cas prévus par le Droit Canon ; et en tout cas, même si l'élection est valide, l'élu n'a aucun des droits impériaux tant qu'il n'a pas été oint et couronné par le Pape ((32). C'est au Pape que revient immédiatement le soin des affaires de l'Empire si celui-ci devient vacant ou si le Souverain temporel néglige ses devoirs (33). Enfin le Pape a à juger et à punir l'Empereur et les Rois, à recevoir les plaintes portées contre eux, à protéger les peuples contre la tyrannie, à déposer les Souverains oublieux de leurs devoirs et à délier leurs sujets du serment de fidélité (34).

(31) En ce qui concerne la prétendue institution des Princes-Électeurs par Grégoire V et le droit que celui-ci avait de les instituer, voir Landulf Col. c. 9; Ptol. Luc. III c. 10 et 19; Aug. Triumph. II qu. 35; Alv. Pel. I a, 13 F, 21, 27 Z et D d, 40 E-F, 45 ; Zabarell. c. 34, § *verum* X 1, 6 n° 8. D'après l'argumentation de Ptolémée de Lucca, d'Augustinus Triumphus et d'Alvarius, l'Église « *ex justa et rationabili causa* » peut en tout temps changer le mode d'élection, donner le droit d'élection à une autre nation ou exercer ce droit elle-même, établir un Empire héréditaire, etc... Augustinus et Alvarius déclarent sans détour que « *per eos* Papa *eligit imperatorem* », et « *est enim principaliter agentis, ministros et instrumenta ad finem suum eligere.* »

(32) Honorius Augustod. *loc. cit.* p. 1264 : *Imperator Romanus* debet ab Apostolico eligi *consensu principum et acclamatione plebis, in capute populi constitui, a Papa consecrari et coronari.* — Innocent III dans c. 34, X. 1, 6. Sur ce canon, cf. Innocent IV, Compost., Joh. Andr. Zabarell., Panorm., Anton. Butr., Felin., Decius. — Aug. Triumph. II qu. 38-41. Alv. Pel. I a. 13, 40, 43, 57; Petr. de Andlo, II. c. 2, 4-7; Marcus, I. qu. 938; Turrecrem. II. c. 115.

(33) Innoc. IV au c. 10, X. 2. 2, n° 1-2, et c. 7, X. 1, 10, n° 3 : le Pape donne un *curator* aux rois incapables. Durant. Spec. I. 1. *de legato*, § 6, n°s 15 et 17. Andr. Isern. II, feud. 55. n° 87. Alv. Pel. I a. 13 F, 37 S, 56 N. Petr. Andl. II c. 10 (mais il en est autrement dans le texte de la Bulle d'Or). Hier. Zanetinus, diff. n° 101. Turrecrem. II. c. 115. L'application pratique de ce principe a été faite par Clément V. Voir aussi Ficker, Forschungen, II, pp. 458 et suiv.

(34) Ce qui importait à Grégoire VII, ce n'était pas seulement d'exercer ces pouvoirs, mais encore de les déduire théoriquement de la supériorité du pouvoir temporel, en prenant pour argument ce fait que le Pape, porteur des clefs de Saint-Pierre, ne peut être jugé par personne, tandis que lui-

La Souverainelé de l'Église sur la Société humaine, — Toutes ces prétentions apparaissent comme la conséquence logique d'un immuable principe de Droit fixé par Dieu lui-même. Les titres juridiques accessoires qui ont été empruntés à l'histoire et au Droit positif n'ont pas de valeur propre : ils ne donnent que des exemples et des témoignages extérieurs. Et inversement aucun titre émané du Droit positif ne peut s'opposer au Droit divin de l'Église. C'est pourquoi, par analogie, on affirme vis-à-vis de tous les Souverains temporels le principe qui était d'abord destiné à régler les relations du Pape et de l'Empereur (35). Et c'est ainsi qu'on fait découler directement du Droit Divin une constitution idéale, valable pour toute l'humanité, constitution qui, en établissant

même a la juridiction sur tous les Souverains temporels : « *Nescitis quia angelos judicabimus? quanto magis saecularia* » ! En ce qui concerne le droit de déposer les rois et de délier les sujets de leur serment, il se réclame de ses prédécesseurs, en particulier de Grégoire Ier et de Zacharias lib. I ep. 55 *a* p. 175, lib. 4 ep. 2 et 24, lib. 8 ep. 21, c. 3, C. 15 qu. 6 (voir ci-dessus note 30), c. 4 eod. Lui-même est suivi dans cette voie par Grégoire IX, Innocent IV, Jean XXII, Nicolas V. Comp. Dictum Gratiani P. II C. 15 qu. 6. Joh. Saresb. Polycr. IV c. 3, p. 213 (*dignitatem principis conferre et auferre*) et V c. 6. Landulf. Col. c. 14. Thom. Aquin. *Summa Theol.* II, 2 qu. 10 a. 10 et qu. 12 a. 2. Innoc. IV au c. 27, X, 2, 27 no 6. Aegid. Rom. de pot. eccl. I c. 2-5. Host. c. 8 X 3, 34 nos 26-27. Dur. Spec. *loc. cit.* no 17. Aug. Triumph. I qu. 1 a. 1 et 3; qu. 6; qu. 26 a. 4; qu. 46 a. 1; II qu. 40 a. 1-4; qu. 45 a. 3; qu. 46 a. 1-2. Alv. Pel. I. a 13 B, 21, 37 R, 40 F (*eccl. Rom., cujus est regna transferre et reges de sua sede deponere*) 56 E (devoir de protéger les peuples contre la tyrannie des rois); II a. 29 et 30. Zabar. c. 34, § *verum* X 1, 6 no 7. Panorm. eod. c. no 7 à 9 et c. 13 X 4, 17 (*deponit causis exigentibus*). Phil. Dec. c. 1 X 2, 19 no 8. Mais cette voie fut également suivie par quelques légistes : Bartol., lib. 11, C. 1, 14, no 4; Baldus, eod. lib. no 6, etc...

(35) Comp. par exemple Aug. Triumph. II qu. 45 et 46; Cler. in Somn. Virid. II c. 76, et suiv. 92 et suiv., 163. — Il est vrai que l'Empereur peut être l'objet de prétentions particulières de la part de l'Église, à cause du principe électif dont il tire son pouvoir, et à cause d'une « *specialis conjunctio inter imperatorem et papam* » (Cf. par exemple Alv. Pel. I a. 42 G et a. 44 E); d'autre part les partisans de l'Empire protestent contre l'infériorité qui en résulterait pour l'Empereur vis-à-vis des autres souverains (Cf. par exemple Occam, Dial. III. tr. 2 lib. 1 c. 20). Mais en somme Frédéric II avait raison, lorsque dans sa fameuse lettre il insista sur la solidarité des intérêts de tous les souverains temporels, également menacés par les prétentions du Pape. Voir Petr. de Vin. ep. I. c. 2, 3, 34

la Souveraineté universelle de l'Église, satisfait entièrement au postulat d'après lequel l'Unité doit exister au-dessus de la Dualité.

Théorie de l'État. — Les partisans de l'État séculier furent rarement au Moyen Age assez hardis pour essayer de retourner cette théorie en faveur du pouvoir temporel, et pour appliquer le principe de l'Unité à la justification de la Souveraineté de l'Empire sur l'Église. Sans doute on ne perdit jamais entièrement le souvenir de l'époque antérieure, dans laquelle l'Eglise était plus ou moins complètement subordonnée à l'Empire (36). Mais ce souvenir ne fut généralement invoqué que pour justifier une simple attitude défensive vis-à-vis des prétentions de l'Église. Occam lui-même se contente de déclarer, sous une forme hypothétique, que si réellement il était nécessaire de réunir toute l'humanité dans un seul État dirigé par un seul chef, celui-ci ne pourrait être que l'Empereur, et que l'Eglise formerait simplement une des parties de cet Empire (37). Marsile de Padoue est le seul, au Moyen Age, qui dans son enseignement émette le principe de l'absorption complète de l'Eglise par l'État. Ses déductions, comme celles des autres scolastiques, sont basées sur l'idée de l'unité, mais celle-ci prend chez lui une forme absolument contraire à l'esprit du Moyen Age. Elle se transforme dans l'idée « antique moderne » d'une unité interne de l'Etat à laquelle tout doit être subordonné, et elle proclame à l'avance ces principes de l'absolutisme de l'État

(36) En 1162, dans Reinald de Cologne (Watterich, *Pont. Rom. vitae* II 530 et 533) subsiste encore l'idée que l'Église de Rome est l'Église de l'Empire, et que le Pape est l'évêque de l'Empire. Puis, au quatorzième siècle, il devient d'un usage courant, pour les adversaires des prétentions ecclésiastiques, d'en appeler à l'histoire et d'invoquer la situation que l'Église occupait sous les Empereurs romains, les empereurs francs, les Othon et Henri III.

(37) Occam, Octo qu. III c. 3 et 8, Dial. III tr. 2 lib. 1 c. 1 et lib. 3 c. 1 et 22. Comp. aussi Anton. Rosell. I c. 61-63.

qui n'atteindront leur maturité que longtemps après. Nous reviendrons donc plus tard sur ce sujet.

Théorie de la coordination des deux pouvoirs. — Mais d'une façon générale, au Moyen Age, les partisans de l'Etat s'en tiennent à l'ancienne doctrine ecclésiastique suivant laquelle l'Église et l'État sont deux pouvoirs coordonnés, les deux glaives sont deux *potestates distinctae* et le *Sacerdotium* et l'*Imperium* ont été placés par la volonté divine dans deux sphères indépendantes (38). Cette doctrine réclame donc pour le pouvoir temporel une autorité propre, indépendante des canons

(38) Cette doctrine était primitivement celle de l'Église elle-même. Henri IV (ann. 1876 dans les *Mon. Germ. Leg.* II, p. 48) est le premier qui l'oppose à l'extension des prétentions ecclésiastiques. Elle se trouve entièrement développée dans Pet. Crassus, pp. 28 et suiv. : Dieu a créé dans l'humanité deux lois, deux peuples et deux pouvoirs. De même Wenrich, *loc. cit.* pp. 214 et suiv.; Wido, *De scismate*, lib. II; Walram Naumb., *De unitate eccl.*, lib. I ; Sigebert episc. adv. Paschalem a. 1103 ; *Tract. de investitura* a. 1109. A cette doctrine font également appel Frédéric I (par exemple ann. 1152 dans Jaffé : *Monum. Corbeiens.* p. 500 et ann. 1157, *Mon. Germ. Leges* II p. 105; Comp. ep. Wibaldi ann. 1152 dans Jaffé, *loc. cit.* p. 502), Frédéric II (par exemple Petr. de Vin., ep. I c. 1, 9, 31 V c. 1), et, plus tard, d'autres empereurs encore. Cette doctrine est d'ailleurs adoptée par la plupart des Légistes, et ceux-ci suivent sur ce point l'exemple des glossateurs du Droit Civil Romain (voir surtout Auth. coll. I, 6 prooem. v. *Conferens generi*). La même opinion est déjà soutenue par un grand nombre de Canonistes plus anciens, qui l'appuient sur des expressions des papes Gélase et Nicolas I, reproduites dans le *Decretum* c. 8, D. 10, c. 6. D. 96, c. 10, D. ead. Parmi eux sont Stephanus (voir ci-dessus note 8) et Huguccio (voir en sa faveur Lup. Beb. c. 9, et contre lui Aug. Triumph. II. qu. 36, a. 4). De même quelques Théologiens plus anciens, tels que Pierre Damien (Opusc. IV dans Migne, vol. 145, pp. 71-72, et 86-87, lib. ep. 9, ad Firm. ep. et lib. 7, ep. 3 ad Henr. Reg. p. 121) et Gerhoh de Reichersberg (Syntagma, 180-3). Cette doctrine est encore défendue par Hugo Floriac. (I c. 12, pp. 43 et suiv. et II pp. 46 et suiv. et 65); Otto Frising.; Eberh. Bamb. (M. 1172, d'après Höfler Kaiserthum, p. 61); Eike von Repgow dans le *Sachsenspiegei*, I, a. 1 ; Johann von Buch, Gloss. sur le Sachsenspieger, I. a. 1 et III a. 57, § 1 ; Vridank p. 152 v. 12-19 et encore d'autres poètes allemands. Dante (*Mon.* III. c. 16) cherche à donner à cette doctrine une base philosophique plus profonde. Aux arguments puisés dans la Bible, l'histoire, les *leges* et les *canones*, il ajoute d'autres arguments tirés de la physique et de la métaphysique; il s'efforce en effet de prouver qu'à la *duplex natura* et à la *duplex finis* de l'homme doit correspondre un *duplex directivum* d'institution divine. Comp. aussi Joh. Paris, C. 4-10 : *potestates distinctae et una in aliam non reducitur*. Lup. Bebenb. c. 10 : *pot. distinctae et divi-*

ecclésiastiques (39). Elle lutte pendant des siècles pour faire admettre que l'*Imperium*, comme le *Sacerdotium*, procède immédiatement de Dieu (*imperium a Deo*) et par conséquent dépend de Dieu seul, et non de l'Église (imperium *non dependet ab ecclesia* (40) Cette doctrine combat avec plus ou moins d'énergie les diverses prétentions élevées par les partisans de l'Eglise contre l'Empereur et le pouvoir temporel (41). Elle reconnaît ce-

sae. Questio in utramque part., pp. 96-102. Occam, Octo qu. I. c. 1, 3-5 et 20 (où l'on distingue deux opinions : suivant l'une, l'union des deux pouvoirs est impossible *ex natura rei*; suivant l'autre, cette union est possible, mais interdite par une *ordinatio Dei*); Dial. III. tr. 2, lib. 2, c. 1-4. Disput. int. mit. et cler., pp. 687-682. *Miles* in Somn. Virid. I c. 1-16 et 39 et suiv., II c. 116 (*Deus duas jurisdictiones distinxit, duos populos, duas vitas, duo genera militum.* Pierre d'Ailly dans Gerson, Op. I, 678. Gerson, IV, 650. Randulf, *De mod. un.* c. 15. Theodor. a Niem. *De Schism.* III, c. 7; *Priv. aut jura imp.* p. 785. Nicol. Cus. III. c. 1-2, 5, 31, 41. Aen. Sylv. c. 7. Greg. Heimb. Admon. I, pp. 557-563. Ant. Ros. I. c. 20-38 et 41 : *Deus duos constituit vicarios.* Almain, Expos. qu. I. c. 6-7, déclare que la seconde des opinions discutées par Occam est la vraie.

(39) Pet. Crassus, pp. 28 et suiv. Sachsensp, I. a. 3, § 3. Joh. Paris. c. 18, p. 195. Occam, *Octo* qu. I. c. 15 et III. c. 2. Somn. Virid. I. c. 70 et suiv., ét 103 et suiv. Franc. Curt. sen. Cons. 43 nº 4.

(40) Voir surtout Pet. Crassus, p. 26 : *divinitus datum.* Wenrich dans Martène I. p. 220. L'Empereur Frédéric I, années 1157 et 1159, dans les Mon. Germ. *Leges*, pp. 105 et 118 : *a solo Deo imperium.* Cinus au lib. I. c. 1, nºs 2-3, et Auth. cassa, lib. 12, C. 1, 3, nº 2 : *Imp. et Papa aeque principaliter sunt constituti a Deo.* Damasus, Broc. M. III, br. 19. Dante, *Mon.* lib. III *passim.* Quaestio in utr. part. a. 1, 2, 3, 5. Joh. Paris, c. 5 : *et ambae oriuntur ab una suprema potestate, scil. divina, immediate*; c. 10, 15-22. Marsil. Pat. *Def. pac.* II, c. 27. Déclarations faites à Lahnstein et Rense, dans Ficker, Zur. Gesch. des Kurv. v. R. pp. 699 et suiv. *Miles* dans Somn. Vir. I. c. 57-69, 74-78, 88-102, 146-163. Disput. int. mil. et cler. p. 677. Baldus, lib. I, C. I, 1, nºs 1-12; *sup. pace Const.* v. « *hoc quod non* », nºs 8-13. Joh. ab Imola, lib. I. Dig. de V. O. nºs 22-27. Joh. And. Nov. s. c. 13, X. 4, 17. Theod. a Niem., *De schism.* III, c. 7; *Priv. aut jur. imp.*, p. 785. Nic. Cus. *Conc. cath.* III, c. 3 et 5. Ant. Ros. I. c. 11, 20-38, 49 et 56. Déclarations de Frédéric I (Hôfler, pp. 64 et suiv.) et Frédéric II (dans Pet. de Vin. ep. 1, c. 1, p. 93; c. 9, p. 122; c. 11, p. 126; c. 25; III, c. 4, p. 68; v. c. 1). Passages des poètes cités dans Hôfler, pp. 105-107. Quant aux opinions intermédiaires, voir leur réfutation dans Joh. Paris, c. 11; de même Lup. Bebenb. c. 9, et surtout Occam, qui discute en détail les différentes nuances de la doctrine « *imperium a Deo* »; *Octo*, qu. II, c. 1, 3, 5, IV c. 8-9, VIII, c. 5; *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 25-28.

(41) Les auteurs sont unanimes à déclarer que le serment de l'Empereur au Pape ne constitue qu'un engagement de le défendre, mais non un lien féodal : Lup. Bebenb. c. 9, pp. 368-370 et c. 13, pp. 391 à 394; Occam,

pendant au glaive spirituel la même souveraineté et la même indépendance qu'au glaive temporel, et demande simplement que le pouvoir ecclésiastique ne sorte pas

Octo, qu. II, c. 11, VIII, c. 1 et 5, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 21; la définition des droits se trouve dans Ficker, *Kurverein*, p. 710; Ant. Ros., I, c. 9, 47, 71. D'autre part, il n'y a qu'un petit nombre de gens, parmi lesquels Frédéric II (Petri de Vin. ep. I, c. 3) et Marsile de Padoue, qui refusent absolument au Pape le droit d'agir vis-à-vis de l'Empereur en qualité de juge suprême, ou qui ne lui accordent que le droit de censurer l'Empereur *ratione peccati* au point de vue purement spirituel. D'autres reconnaissent au Pape ce droit de juridiction suprême, mais seulement pour certains cas extraordinaires; ou bien ils déclarent que si le Pape a été parfois admis à exercer sa juridiction, c'est en vertu d'un plein pouvoir qui lui avait été spécialement reconnu pour cette circonstance. On trouvera plus loin des détails sur cette théorie. Mais les divergences d'opinion se manifestent principalement à propos de la justification juridique de la *Translatio Imperii* (des Grecs aux Germains), ainsi que des droits du Pape dans l'élection de l'Empereur. Tandis que Marsile de Padoue, II, c. 26, refuse au Pape tout droit de vérification, la plupart des autres auteurs, par exemple Lup. Bebenb., c. 10, pp. 370-374, Occam, *Octo*, qu. II, c. 10, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 21, Ant. Ros., I., c. 48), reconnaissent au Pape le droit de décider si quelqu'un est réellement l'Empereur d'après les conditions exigées par l'Église. Lupold von Bebenburg (c. 12), va plus loin, et accorde au Pape le droit de trancher les doutes en cas de double élection, puisqu'il a par droit divin le pouvoir de trancher les *dubia juris*, et par droit de nécessité le pouvoir de trancher les *dubia facti*. Il maintient même (c. 11, 13 et 16) que le couronnement n'est pas une simple cérémonie : en effet, s'il est vrai que, dans les pays possédés par Charlemagne antérieurement à la *Translatio*, l'élection suffise pour donner le pouvoir impérial, il n'en est pas moins vrai que dans le reste de l'univers c'est le couronnement seul qui donne à l'Empereur le droit d'exercer l'*imperium mundi*. Mais cette opinion (contredite par Occam, *Octo* qu. IV, c. 1-3 et 7) ne trouva pas d'adhérents. En tout cas, à la suite de la réunion des Électeurs à Rense (en 1338), le parti impérialiste déclara que l'onction et le couronnement étaient de simples solennités qui, pas plus pour l'Empereur élu que pour les rois héréditaires, ne pouvaient créer de nouveaux droits, et qui ne pouvaient attester en aucune façon la prééminence de l'Église. Cp. Joh. Paris. c. 19; *Articuli* de 1338 reproduits d'après Nicolaus Minorita dans Boehmer, *Fontes*, IV, p. 594, a. 2; Documents dans Ficker, Kurverein von Rense, pp. 699 et suiv. surtout p. 710, a. 4; Marsil. Pat., II, c. 26 et *De Transl. imp.*, c. 12; Occam, *Octo*, qu. II, c. 10; V., c. 1-10; VI, c. 1-2; VII, c. 1-2; VIII, c. 1 et suiv.; et *Dial.*, III, tr. 2, lib. 1, c. 21; Somn. Virid, I, c. 166-169; Joh. de Anan., c. 6, X, 1, 6, nº 7. (Plus tard le parti ecclésiastique en vint à supposer un *privilegium* qui accorderait à l'Empereur élu le *jus administrandi ante coronationem.*) Les prétentions de l'Église à exercer le vicariat de l'Empire (*Reichsverweserschaft*) quand l'Empire est vacant sont combattues par Marsile de Padoue et par Occam, quoique ce dernier admette qu'elles puissent être fondées sur une *auctoritas* qui procéderait de l'Empire lui-même. (Occam, *Octo* qu. II, c. 14; et *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 22.)

du domaine spirituel, puisque c'est comme un royaume purement spirituel que l'Église a été instituée par Dieu (42). Et même, en général cette doctrine, quand elle s'occupe des relations de l'Église et de l'État, admet sans difficulté qu'en raison de la sublimité du but de l'Église, il faut lui reconnaître non seulement une plus grande valeur intrinsèque, mais encore un rang extérieur plus élevé (43).

Le principe de l'unité et la coordination des pouvoirs. —

(42) Le principe que le royaume du Christ n'est pas de ce monde a été interprété dans une quantité de sens différents par l'opposition anticléricale. L'explication généralement admise revient à ceci, que l'Église n'a aucune juridiction temporelle *ex jure divino*, et qu'en fait de propriété elle ne peut réclamer que le strict nécessaire pour assurer son entretien et le service divin : mais qu'elle peut profiter d'un titre de Droit Positif (*ex concessione et permissione principum*), pour étendre ses propriétés, et même, en cas de nécessité, pour exercer des droits temporels. Cf. Joh. de Paris. proem. et c. 13-14. Occam, *Octo*, qu. 1, c. 6, ad. 2, 7-9, 10; II, c. 6; III, c. 1-2; VIII, c. 5; *Dial*, I, 6, c. 3; III, tr. 1, lib. 1. c. 9, 13, 15, lib. 2, c. 2 et 29, tr. 2, lib. 1, c. 19 et 24. Michael Cesena, ep. d. a. 1333 (*Goldast*, II, 1238 et suiv.); Questio in utramque, a. 3. Disput., pp. 677 et suiv. Somn. Virid, I, c. 1-16; II, c. 1 et suiv. et 303; Petr. de Aliac., 1, 667 et 674 et suiv.; Gregor. Heimb., a. 1433 (Goldast, I, 560 et suiv. et II, 1604 et suiv.); Ant. Ros., I, c. 20-38 et 50. En eux-mêmes, ces principes ne sont affectés ni par les plaintes répétées que provoque la sécularisation de l'Église (par exemple Dante, II, c. 12-13), ni par les controverses que provoquent les Franciscains au sujet de la pauvreté évangélique. Mais presque toujours se firent valoir des opinions plus radicales qui refusaient à l'Église toute capacité d'acquérir soit des pouvoirs temporels, soit des propriétés au delà du strict nécessaire. C'est le cas de Marsile de Padoue qui — presque seul au Moyen Age — conteste à l'Église toute *jurisdictio coactiva* (c'est-à-dire toute contrainte des consciences), même en matière purement spirituelle. Cp. aussi Wyclif, *Supplem. Trialogi*, pp. 407 et suiv., et art. 17; Hus, *Determ. de abl. temporal. a clericis*.

(43) Cp. Sachsenspiegel, I, a. 1. Dante, III, c. 16 *in fine* : malgré la séparation, l'Empereur doit témoigner au Pape la même déférence qu'un fils aîné à son père, car « *mortalis illa felicitas quodammodo ad immortalem felicitatem ordinatur* ». Joh. de Paris, c. 15 et 18. Occam, *Octo*, qu. I, c. 3 et 14. Somn. Virid, I, c. 83-84. Baldus, lib. 11, C. 1, 14, n° 4, et procem. Dig., n°s 17-19 (ce n'est pas *simpliciter*, mais *in quibusdam* que le Pape, est supérieur à l'Empereur). De même Joh. de An., c. 6, X, 1, 33, n° 6 Comp. Heinrich von Langenstein, dans *Hartwig*, I, p. 52, n. 1. Ant. Ros, I, c. 63. C'est dans ce sens qu'il faut entendre la comparaison avec l'âme et le corps, et surtout avec le soleil et la lune, qui, tous deux créés par Dieu, ont chacun leurs pouvoirs et leurs devoirs particuliers, (mais on attribue au soleil un rang plus élevé).

Cependant les partisans de l'État eux-mêmes sont si pénétrés de l'idée de l'unité de la société humaine qu'ils ne peuvent voir dans l'ordre spirituel et dans l'ordre temporel que deux aspects différents de la communauté chrétienne, celle-ci étant essentiellement unitaire. Ils cherchent donc, par une double voie, à ramener à l'unité les principes, contraires. Tantôt, en effet, c'est l'unité *extérieure* de l'Empire universel qui leur paraît représentée d'une façon adéquate par la tête céleste dans laquelle s'achève le corps de l'Humanité, tête dont proviennent et à laquelle retournent le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel (44). Tantôt ils estiment qu'il leur suffit de démontrer l'unité *intérieure* de cet Empire, telle qu'elle est établie dans ce monde par les relations intimes et l'appui réciproque de l'ordre spirituel et de l'ordre temporel. Le *Sacerdotium* et l'*Imperium*, chacun pris en soi, ne représentent qu'une seule des fonctions vitales du corps social, et, pour réaliser la plénitude de la vie collective, il faut qu'ils s'unissent dans un « accord harmonieux » et dans une collaboration à l'œuvre commune de l'humanité (45). De cet état des choses on conclut d'abord que

(44) Cette idée se trouve déjà dans Hugo Floriac, I, c. 2 et II, pp. 46 et 65. V. aussi Dante, III, c, 12 : à vrai dire, l'Empereur et le Pape doivent *ad unum reduci*; en tant que personnes simplement humaines, ils ont pour commune mesure l' « *optimus homo, qui est mensura omnium et idea* »; mais en tant que détenteurs d'un office public, ils ont Dieu lui-même pour *communis unitas*, et dans cette unité on trouve la *superpositio* de toutes leurs *relationes* et *differentialia*. Joh. Paris, c. 18-19 : *una est ecclesia, unus populus, unum corpus mysticum*; mais l'unité se trouve dans le Christ, au-dessous duquel le clergé et la royauté représentent deux offices aussi distincts que ceux du professeur et du médecin employés par le même père de famille. Quaestio in utramque p. 103, ad. 4-5. Occam, *Octo*, qu. 1, c. 1 et 18; *Dial.*, III, tr. 1, lib. 2, c. 1 et 30. *Miles* dans Somn. Virid., 1, c. 38, 46, 48, 102, II., c. 102, 305-312. Anton., Ros. I, c. 42.

(45) Il va sans dire que les Papes aussi et leurs partisans enseignent que l'union et l'appui réciproque du *Sacerdotium* et de l'*Imperium* sont une condition indispensable à la prospérité de la Communauté chrétienne. Grégoire VII insiste particulièrement sur ce point; (lib. 1 ep. 19, a. 1073, p. 302 : *sicut duobus oculis humanum corpus temporali lumine regitur, ita his duabus dignitatibus in pura religione concordantibus corpus Ecclesiae spirituali lumine regi et illuminari probatur*; *ut sacerdotium et imperium in unitate concordiae conjungantur* »). Ive de Chartres (cf. ci-dessus

l'État doit être subordonné à l'Église en matière spirituelle et que l'Église doit être subordonnée à l'État en matière temporelle (46). Mais en outre on en déduit une

note 20). Saint Bernard (ep. 244, v. 1146, pp. 440 et suiv., *De consid.*, II, c. 8). Innocent III (cf. ci-dessus note 26). Mais ce qui est particulier aux adversaires de la souveraineté de l'Église, c'est la doctrine suivant laquelle on a réalisé dans ce monde l'unité des deux pouvoirs du moment où on a établi entre eux de bonnes relations réciproques. C'est dans ce sens que s'exprime déjà Hugo Floriac. prol., I, c. 3, 12, II, pp. 46-50 : ces deux pouvoirs, « *quibus in praesenti vita sancta regitur et gubernatur ecclesia* », ont été institués, sanctifiés et unis par Dieu, qui veut qu'ils se complètent et s'accordent intérieurement; ils sont les deux yeux du « *corpus ecclesiae* », deux lumières *in tota mundi fabrica*, deux colonnes, deux ailes, etc. De même Const. Frider II, a. 1220, § 7, dans *Mon. Germ. Leges*, II, p. 236. Sachsensp., I, a 1, avec la glose à cet art. et III, art. 57. De même la *Déclaration des Princes de l'Empire*, ann. 1274 (dans Raynald ann. eccl. nº 11) : *et ii duo gladii in domo domini constituti, intimae dilectionis fœdere copulati, exsurgant in reformationem universi populi Christiani.* De même pour Rodolphe Ier (voir aussi des citations dans Höfler, pp. 121 et suiv.). Engelb. Volk, *De ortu*, c. 22. Joh. Paris., c. 14. *Définition des droits* dans Ficker, *op. cit.*, p. 710, art. 4, ann, 1338. Quaestio in utramque partem, p. 105, ad. 11, Occam, *Octo*, qu. 1, c. 3 et 14. *Miles* dans Somn. Virid. I, c. 49-54. Ant. Ros, III, c. 15-18. Johannes dans l'Introduction au *Brünner Schöffenbuch.* Mais c'est Nicolas de Cusa (voir surtout III, c. 1, 12 et 14) qui a donné la forme la plus magnifique à cette idée de l' « accord harmonieux » des deux pouvoirs, considérés comme deux fonctions vitales du corps mystique de l'*ecclesia Christi.*

(46) Hugues de Fleury enseigne d'une part que, de même que le Christ est soumis à son père, les évêques sont soumis au pouvoir royal « *non natura, sed ordine, ut universitas regni ad unum redigatur principium* » (I, c. 3, et II, pp. 58 et 65), et, d'autre part, que les rois sont soumis au pouvoir spirituel (I, c. 7, pp. 30 et suiv., c. 9-10, II, pp. 53-55, 59-60). Il blâme Grégoire VII (II, p. 58), et accorde même au souverain le droit de nommer les évêques, mais à condition que l'Église approuve son choix et donne l'investiture spirituelle (I, c. 5, et II, p. 57). Joh. Paris, c. 14. Quaestio in utramque part, a. 4. Occam, *Octo*, qu. III, c. 3 et 8, *Dial.* III, tr. 2 lib. I, c. 24. Somn. Virid. II, c. 112, 114, 124. Theod. a Niem, Priv., pp. 785 et suiv., Nic. Cus., III, c. 1 et 4. Ant. Ros., I, c. 47, 48, 56, 63, 64, III, c. 16, 21 et le résumé dans le c. 56 : c'est Dieu qui a coordonné la *monarchia divina* et la *monarchia temporalis* et qui leur a assigné le but de leur existence dans ce monde et dans l'autre; chacune doit être subordonnée à l'autre dans le domaine propre de celle-ci; des *concilia mixta* sont recommandés pour le règlement des questions mixtes. Il en résulte en particulier que l'Empereur et des princes sont soumis à l'Église *ratione fidei et peccati* (cp. Host. *de accus.* nº 7 et le passage du Sachsenspiegel, III, a. 54, § 3 et nº 7, d'après lequel on peut « avec justice » mettre l'Empereur au ban de l'Église); les princes ont aussi le devoir de prêter à l'Église l'appui du bras séculier (Dictum Gratiani avant *Dist.* 97 et après c. 28 1. 23, qu. 8; Const. de 1220, § 7, Mon. Germ. *Leges*, II, 236; Sachsensp. I a 1, Gerson, IV, 606 et 619); mais d'autre part le *sacerdotium* est

théorie originale et de grande portée, d'après laquelle chacun des deux pouvoirs, en cas de nécessité (*casualiter* et *per accidens*), quand il s'agit de sauver l'organisme tout entier, peut et doit sortir de son domaine pour assumer des fonctions qui lui sont étrangères. Ce « droit de la nécessité » permet d'expliquer certains événements historiques qui contredisent la théorie de la séparation des deux glaives, et on peut en tirer des conséquences politiques importantes au point de vue pratique. Puisque, quand l'office du suprême magistrat temporel est vacant, le Pape a un droit de juridiction même en matière temporelle, il peut avoir dans ses attributions la *translatio imperii*, le droit de reviser les élections impériales contestées et même, en certains cas, de déposer les Empereurs (47). Mais, en vertu du même principe de droit, le chef temporel de la Chrétienté doit, en cas de nécessité, se charger des intérêts de l'Église, et, soit trancher lui-même les controverses ecclésiastiques, soit convoquer un concile œcuménique pour guérir les infirmités de l'Église (48).

maintenu sous la juridiction de l'État en matière temporelle (Occam, *Octo*, qu. III, c. 2; et *Dial.*, I, 6, c. 1-65, 91-100, III, tr. 2, lib. 3, c. 16-23; Ant. Ros, I, c, 29, 30, 53, 63; Glose au Schasensp., I, a, 1).

(47) Joh. Paris. c. 14 et 18 (*per accidens*). Lup. Bebenb, c. 12, pp. 379, 385, 386 (*necessitas facti ant juris*). Occam, *Octo*, qu. I, c. 11; II, c. 4, 7-9, 12, 14; III, c. 2; IV, c. 3; VIII, c. 5, *Dial.* III, tr. I, lib. 1, c. 16 et lib. 3, c. 4, (*casualiter in defectum judicis*). Somn. Virid., I, c. 150-151, 164-165; II, c. 4-12, 136. Ant. Ros., III, c. 22. Glose au Sachsensp., I, a. 1; III, a. 52 et 57. Klagspiegel, 119.

(48) Petrus Crassus, pp. 27 et 31 (droit de convoquer un concile) et p. 48 (droit de juger le pape). Hugo Floriac. II, pp. 57-59 (nomination de papes et règlement de controverses ecclésiastiques). Nilus arch. Thessal, *De primatu*, lib. 2, p. 38. Joh. Paris, c. 14. Michael de Casena, ep. Gold. II, pp. 1244-1261. Petrarque, ep. XV *ib.* 1365. Occam, *Octo* qu. I, c. 12, 17; II. c. 7; III., c. 8; IV, c. 6, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 2-15, lib. 3, c. 2 et 4. Randuf, *De mod. un.*, c. 15 et 20. Nic. Cus. III, c. 15 et 40 (l'Empereur peut de lui-même entreprendre une réforme de l'Église). Zabar. c. 6 X. 1, 6, nº 15, et *De schism.*, pp. 689 et suiv. Gregor Heimb. dans Gold. I, 561-563. Ant. Ros. I, c. 48; II, c. 24-25; III, c. 3. Decius, Cons., 151, nº 13. — Les partisans du Pape eux-mêmes reconnaissent à l'Empereur certains droits qui leur paraissent découler de *l'advocatia ecclesiae* (Glose au c. 34 X 1, 6 v. *carebit*) : ainsi le droit de convoquer un

L'unité dans l'Eglise et dans l'Etat. — Dans chacun de ces deux ordres, pris comme formant un tout à part nous voyons alors triompher la tendance du Moyen Age à l'unification.

L'unité visible dans l'Eglise. — Dans l'Église cette tendance donne le jour à l'idée que le Royaume de l'Esprit forme une Unité extérieure, visible et instituée par Dieu lui-même. Tout le Moyen Age admet presque sans réserves que l'Église, étant une et universelle, ces qualités doivent nécessairement être exprimées par l'unité de ses lois, de sa constitution et de son pouvoir suprême (49), et qu'en droit l'humanité tout entière appartient à la société ecclésiastique qui est ainsi constituée (50). Aussi l'Église est-elle communément considérée comme formant un État (51). Il est très rare qu'on mette en

concile est reconnu à l'Empereur par Aug. Triumph. I, qu. 3, a. 2, et qu. 5, a. 6, par Petrus a Monte, II, n° 5, et par d'autres, bien qu'il soit contesté par Alv. Pel., I, a. 22. Quant aux exemples historiques de l'exercice de certains droits de l'Empereur (spécialement en ce qui concerne les élections des papes), les partisans du pape se tirent d'affaire en les expliquant par des concessions que l'Église aurait faites à cette époque et révoquées depuis lors : par exemple Landulf. Col., *De transl. Imp.*, c. 6; Aug. Triumph. I, qu. 2, a. 7; Alv. Pel., I, a. 1, et 37 B b et C c.

(49) Voir surtout Thom. Aquin. *Summa contra gentil.* IV, qu. 76 (« *sicut est una Ecclesia, ita oportet esse unum populum Christianum* », avec un seul chef et un seul « *regimen* »); Lect. 2 ad Ephes. IV (l'*ecclesia* considérée comme *civitas*, etc.); Comm. ad Ps. 45, Alv. Pel. I, a. 7, 13, 24-28, 36-38 et surtout 63.

(50) C'est pourquoi, de l'avis général, le pouvoir de l'Église et de son chef terrestre s'étend, dans une certaine mesure, sur les incroyants du monde entier; et même, puisqu'il comprend toute l'humanité passée et future, il pénètre dans le ciel et dans l'enfer. V. Thom. Aquin. *Summa Theol.*, II, 2 qu. 10-12 et III, qu. 8, a. 1-3; Host. au c. 8, X 3, 34; Aegid. Rom. *De pot. eccl.*, II, c. 7; Aug. Triumph., I, qu. 18, 23-24 et 29-35; Alv. Pel., I, a. 13 A, 37 F-N, 40, 57; *Somn. Virid.*, II, c. 35; Ant. Ros., IV, c. 1.

(51) Cela va de soi pour les partisans du Pape. Glose au c. 3, X. 1, 41, v. *minoris* : « *ecclesia fungitur jure imperii.* » Hostiensis, *Summa de r. i. i.*, n° 4 : *ecclesia respublica est, quia jus publicum consistit in sacris et in sacerdotibus.* Thom. Auquin. (v. ci-dessus note 49). Celui qui va le plus loin est Alvarius Pelagius, I, a. 61-63, qui présente l'Église comme un *regnum* et même comme le royaume sacré, universel et parfait, et qui lui applique

doute la justesse du raisonnement d'après lequel le principe de l'unité imposerait une unité extérieure (52). Cependant, très lentement, se manifeste une réaction : elle est dirigée, non seulement contre l' « étatisation » et la sécularisation de l'Église, mais contre le principe même d'un « État spirituel ». Wyclif et Hus sont les premiers à réclamer énergiquement que l'Église (conçue comme la Communauté des Prédestinés), ne soit plus qu'une simple idée, réservée au domaine de la conscience; ils préparent ainsi la Réforme allemande qui, précisément sur ce point, rompra entièrement avec l'idée de l'unité si chère au Moyen Age (52 *a*).

L'unité du Pouvoir Temporel et l'Impérialisme. — De même, dans le domaine temporel, le Moyen Age part du principe de l'unité de l'espèce humaine pour en déduire la nécessité et la divinité de l'Empire Universel (53). Des arguments théologiques, historiques et juri-

toute la théorie de l'État d'après Aristote et saint Thomas. — Mais l'opposition ne porte que sur la question de la nature temporelle de l'Église, les adversaires même de celle-ci lui reconnaissent le caractère d'une *politia* comportant une magistrature et un pouvoir coercitif; v. ci-dessus note 42. Gerson et les auteurs qui lui sont affiliés déclarent que l'Église est une *communitas, respublica, politia juris,* à laquelle tout le monde doit appartenir; v. par exemple Gerson, Op. III, p. 27; Randuf, *De modis uniendi*, c. 2 (*ib.* II, p. 163) : *ecclesia Christi est inter omnes respublicas ant societates recte ordinatas a Christo superior.* — C'est là que prend racine la théorie qui fait de l'hérésie un crime de lèse-majesté et qui justifie toutes les contraintes de la conscience (Innocent III et Gerson III, pp. 33 et 63).

(52) Occam, *Octo* qu. 1, c. 1 et 3, et III, c. 2 et 8; *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 3 et 8, lib. 3, c. 17. Voir aussi dans Gerson, *Trilogus*, op. II, p. 88, l'expression de quelques opinions analogues qui avaient cours à son époque. — Marsile de Padoue conteste à l'Église le pouvoir de coercition même en matière spirituelle, ce qui implique de sa part la négation de la nécessité de l'unité extérieure. Greg. Heimb., I, pp. 557 et suiv., prend à peu près la même attitude.

(52 *a*) Sur l'idée de l'Église dans Wyclif voir Lechner, *Joh. v. Wiclif*, I, p. 541, et sur l'idée de l'Église dans Hus le même ouvrage, II, p. 233.

(53) Voir surtout Dante, *Mon.*, I. De même Engelb., Volk., *De ortu*, c. 14, 15, 17-18; *De reg. princ.*, VII, c. 32. Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1 c. 1. Petrarque, ep. VII (*et in terra et in cœlo optima semper fuit unitas*

diques sont réunis pour prouver que la domination de Rome sur le monde forme le dernier anneau de la chaîne des Monarchies Universelles voulues par Dieu et annoncées par ses prophètes, et qu'en dépit de bien des apparences contraires, dès l'époque païenne cette domination romaine était légitimement acquise et administrée (54). Ensuite l'Empire Romain a été consacré et confirmé par la naissance, la vie et la mort du Christ. Constantin l'a transféré aux Grecs, pour quelque temps, mais finalement, par l'effet de la volonté divine, les Germains en son devenus les dépositaires (55). C'est ainsi qu'en vertu du

principatus) et ep. VIII, p. 1355. Ant. Ros. I, c. 5-7. Aen. Sylv., c. 4, 10, 12.

(54) La théorie de saint Augustin, *De civit. Dei*, V, c. 15, a trouvé des disciples qui prouvent en grand détail que le monde a été soumis aux Romains *de jure*, bien que ceux-ci aient parfois employé la violence. L'argument principal est fourni par les nombreux « *judicia Dei* » dans lesquels la volonté divine s'est manifestée en faveur des Romains. Elle a légitimé leurs guerres et leurs victoires, et les a choisis, en raison de leurs vertus politiques, pour remplir l'*officium imperii* dont ils étaient l'*aptum organum.* Cette théorie soutient encore que, dans toutes leurs conquêtes, les Romains ont eu en vue, non leur propre intérêt, mais le *communes bonum,* et que cette fin justifie les moyens dont ils se sont servis. V. surtout Dante, II, c. 1-11; Engelb. Volk., *De ortu*, 15, 18; Petrarque, ep. VII, p. 1355; Baldus, lib. 1, c. 1, 1; Aen. Sylv., c. 3-5; Petr. de Andlo, I, c. 4-10; Ant. Ros., V, c. 1-2, 15-24; et aussi quelques auteurs ecclésiastiques (par exemple Ptol. Luc., III, c. 4-6; Alv. Pel., I, a. 42) bien qu'à leurs yeux cet *imperium* ne soit pas *verum.* De leur côté les juristes apportent des arguments de droit positif, en s'appuyant sur le Corpus juris (surtout l. 9, D. 14, 2), sur la légitimité des titres de possession que confèrent les *testamenta* et les *bella justa,* et sur la validation supplémentaire que ces titres reçoivent de la *subjectio voluntaria* des habitants. V. Engelb. Volk., c. 11; Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 27 (*consensus majoris partis mundi*; même une *corrupta intentio* n'empêche pas d'acquérir des titres de propriété) et lib. 2, c. 5. La légitimité de l'Empire d'après le « *jus divinum, naturale, gentium et civile* », est démontrée de la façon la plus détaillée par Ant. Ros, V, c. 1-30.

(55) Jordan. Osnabr., c. 1, pp. 43 et suiv., et c. 8. Dante, *Mon.* II; c. 12 à 13. Eng. Volk., c. 11 et 20. Occam, *Octo*, qu. II, c. 5; IV, c. 3, VIII, c. 3 et *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 5. Aen. Sylv., c. 6-8 : l'Empire Romain a été exigé par l'intérêt général, inventé par la Nature, octroyé par Dieu, consacré par son Fils et confirmé par le *consensus hominum.* Anton. Ros. V, c. 18 et 29. — La doctrine strictement ecclésiastique est un peu différente : d'après elle, c'est le Christ Lui-Même qui assuma l'Empire, ne laissant Auguste gouverner qu'en qualité de vicaire; puis il s'est substitué

droit divin aussi bien que du droit humain l'Empereur romano-germain, successeur juridique immédiat des Césasr, possède l'*Imperium Mundi*, qui lui donne un droit de suprématie sur tous les peuples et les rois de la terre (56). Aussi l'Empire Romain est-il indestructible,

Pierre et ses successeurs, dont tous les Empereurs suivants sont restés les vicaires, et enfin il a amené Constantin à reconnaître cet état de choses par la Donation qu'on lui attribue; Ptol. Luc. III, c. 13-18; Petrus de Andlo I, c. 11 et 13; comp. Occam, *Octo*, qu. II, c. 15. — On est unanime à constater l'identité de l'Empire actuel et de l'Empire des Césars : comp. Petrus Crassus, p. 26, Dante, *loc. cit.*, Occam, *Octo*, qu. II, c. 5; IV, c. 3, 5, 7; VIII, c. 3, *Dial.*, III, tr. 2, lib. 1, c. 25 et 27. Lupold de Bebenburg est seul à faire valoir les droits que Charlemagne avait avant d'être couronné Empereur et sa théorie est attaquée par Occam, *Octo*, qu. IV, 3. — On est également unanime sur ce point, que l'Empereur grec n'est plus le véritable Empereur, puisqu'il n'est plus en communion avec la véritable Église : *Joh. Gal. in appar. Tancr. Comp.* III, dans Schulte, *Albhandlungen* (de l'Académie de Vienne), vol. 66, p. 131; Glose au c. 34, X. 1, 6, v. *transtulit in Germanos*; Bartolus, lib. 24, Dig. *de capt.*, 49, 15; Ubertus de Lampugnano (*op. cit.* note 1) Joh. de Platea, lib. 1, Cod. 11, 20; Tengler, *Laiensp.* 56.

(56) Saint Bernh. ep. ad Lothar. (dans Goldast, p. 66), ad Conr. (*ib.* p. 67). Otto Frising. *Gesta*, I, c. 23, Chron. VII, c. 34. Land. Col. *De transl.*, c. 10 : *super omnes reges et nationes est dominus mundi.* Glose au II, Feud. 53 pr.; Pet. de Vin., ep. 1, c. 1, 2; VI, c. 30. Alv. Pel., I, a. 37 et 57; II, a. 29, Lup. Bebenb., c. 11, 13, 16. Occam, *Octo*, qu. IV, c. 5 et VIII, c. 3. Glose au Sachsensp., III, a. 57. Baldus, lib. 1, Cod. 1, 1, nº 1 et suiv., et II. Feud. 53 pr. Theod. a Niem., p. 785. Randuf., *De mod. un.*, c. 5 et 14 (pp. 167 et 180). Alex. Tart., lib. 26, *Dig.* 36, 1, nº 2. Aen. Sylv., c. 10. Pet. de Andlo, II, c. 2. Tengler, *Laiensp.* 56. Les infidèles eux-mêmes sont compris *de jure* dans l'Empire : Joh. Gal. et Glose au c. 34, X. 1, 6; Eng. Volk., c. 18 (*le jus naturale vel gentium* constitue en effet un lien de droit même avec les infidèles); Occam, *Dial.*, III, tr. 2, l. 2, c. 5; Ant. Ros. I, c. 56. — Mais la substance de ces droits impériaux est interprétée de diverses façons. Lupold de Bebenburg, c. 15, distingue les pays impériaux et les pays médiatisés : dans ceux-ci l'Empereur n'a de juridiction immédiate que sur les souverains; sur les sujets, il a seulement une juridiction médiate en cas de réclamation, de déni de justice et de négligence. Occam, *Octo*, qu. IV, c. 3, 8, 9; VIII, c. 4 (l'Empereur, étant un *Superior* à l'égard du roi, a seul le droit de trancher certaines questions, et le pouvoir d'exécuter certains *actus reservati*), V, c. 8 (*novos reges facere in provinciis quae non habent reges*). Aeneas Sylvius reconnaît même à l'Empereur une véritable suzeraineté féodale sur tous les princes et les peuples; tous tiennent leurs biens temporels de l'Empereur et lui doivent l'obéissance (c. 10); l'Empereur a le droit de « correction », il peut donner des ordres *pro salute communi*, imposer des taxes, exiger des troupes auxiliaires, des approvisionnements et le droit de passage (c. 14); il peut trancher les contestations entre souverains. Petrus de Andlo II, c. 8, reconnaît à l'Empereur les attributs suivants : législation, protec-

de même que l'Église Romaine, jusqu'à ce qu'un jour sa fin soit le présage du Jugement dernier (57). De ce principe les champions de l'idée de l'Empire déduisent logiquement que cette Monarchie de droit divin est indestructible, non seulement en fait, mais encore en droit. Sa domination ne se laisse prescrire ni par l'habitude, ni par le privilège, qui créent un simple état de fait. Toute aliénation, tout partage, et, d'une manière générale, toute action qui peut porter atteinte aux droits de l'Empire, sont nuls et non avenus au point de vue du Droit, même s'ils émanent de l'Empereur (58). Pendant longtemps cette idée de l'Empire n'est ouvertement combattue par personne, pas même par ceux qui en doutent ou qui lui sont hostiles, et ceux-ci cherchent seulement à faire reconnaître la validité légale de certaines exceptions basées sur le privilège ou la prescription (59). Et beaucoup d'auteurs s'attachent à

torat, taxation, suzeraineté. D'après Nicol. Cus. III, c. 6-7 *l'imperium mundi* ne donne à l'Empereur que le droit de s'occuper des intérêts généraux de la Chrétienté, surtout en matière de foi.

(57) Jordan. Osnabr., c. 1, pp. 43 et suiv., et c. 10, p. 90. Engelb. Volk., c. 20-24. Aug. Triumph., II, qu. 42. Baldus *sup. pace Const.* v *imp. clem.*, nº 8. Joh. de Platea, lib. 2, c. 11, 9 nº 2. Aen Sylv., c. 8. Ant. Ros. I, c. 67. Petr. de Andlo, II, c. 20.

(58) Ce principe est surtout mis en œuvre pour prouver la nullité de la Donation de Constantin; Dante, III, c. 10 (*scissa esset tunica inconsutilis*; *superius dominium, cujus unitas divisionem non patitur*); Quaestio in utramque p. 106, ad. 14; Ant. Ros. I, c. 64-66, 70. (Pour plus de détails voir ci-dessous, note 283.) Mais ce principe est également employé contre les rois et les républiques; Lup. Bebenb., c. 11 et 15 (il est vrai que le privilège ou la prescription peuvent fonder des royaumes héréditaires ou permettre à des rois d'acquérir des droits impériaux dans leurs royaumes à l'égard de (*quoad*) leurs sujets; mais ce n'est qu'une prescription *quoad quid*, et la suzeraineté de l'Empereur est toujours réservée); Occam, *Octo* qu. III, c. 7; IV, c. 3-5; VIII, c. 3-4, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 18, lib. 2, c. 5-9, 23; Alv. Pel. II, a. 29; Baldus lib. 1, Cod. I, 1, nºs 13-22 et II Feud. 53 pr.; Alex. Tart., l. 26 D. 36, 1 nº 4; Aen. Sylvius, c. 11-13 (ce serait contraire au *jus naturale*, au bien public et au commandement du Christ); Petr. de Andlo II, c. 8 (les deux glaives sont également inséparables); Bertach. v. *imperium*.

(59) Land. Col. *De transl.*, c. 10. Quaestio in utramque p. 98-102, art. 5, 106, ad. 14. Andr. de Is. proem. Feud. nºs 29-35. Nicol. Neap. l. 6, § 1. D. 27, 1 nº 2. Hier. Zanelinus, *Diff.* nº 102.

prouver que des exceptions de ce genre ne sont pas incompatibles avec l'idée de l'Universalité de l'Empire (60).

Réfutation de la Théorie de l'Empire. — Cependant ce principe de l'Universalité est attaqué dans le domaine de l'État avant qu'il ne soit contesté dans le domaine de l'Église. On commence par enseigner (surtout en France), que si l'espèce humaine forme une unité, on ne peut nullement en déduire la nécessité de la représenter par un État unique, mais qu'au contraire la pluralité des États convient mieux à la nature de l'homme et du pouvoir temporel (61). Donc, là aussi, la théorie du Moyen Age développe les idées modernes et accompagne la formation des États Nationaux qui avait lieu vers la même époque.

(60) Engelb. Volk., c. 18, Baldus II, Feud. 53 pr. : l'Empire reste *universale*, car *universale* et *integrum* ne sont pas synonymes. Comp. prooem. Dig., nos 22-35. Nic. Cus. *Conc.* III, c. 1, 6, 7 : le terme *imperium mundi* est donné *a majori parte mundi*, et parce que les droits de l'Empereur subsistent partout, au moins en ce qui concerne la protection de la foi chrétienne.

(61) Joh. de Paris, c. 3 : l'unité est nécessaire dans l'Église *ex jure divino*, mais les *fideles laici* doivent, *ex naturali instinctu qui ex Deo est*, vivre dans différents États; pour justifier cette différence sont invoquées les différences fondamentales qui existent entre l'âme et le corps, la parole et l'action, l'unité de la propriété ecclésiastique et la division de la propriété temporelle, l'unité de la foi et la diversité des droits; des citations conformes sont extraites de saint Augustin; comp. c. 16, 22, pp. 210-212. Le même raisonnement (atténué par un *peut-être*), se trouve dans Gerson, *De pot. eccl.*, c. 9 (II, 238). Disputatio, pp. 686-687. Somn. Virid., l. c. 36 (l'unité n'est nécessaire qu'à l'intérieur de chacun des différents royaumes) 73, 80, 96. — De même Marsile de Padoue, bien qu'il laisse la question ouverte à la discussion, remarque qu'en tout cas l'unité du monde ne suffit pas pour prouver la nécessité d'un *unicus principatus*, puisque la *pluralitas*, elle aussi, peut constituer une unité (*Def. Pac.* I, c. 17; dans la *Transl. Imp.*, c. 12, il omet la mention faite par Landulf, de l'*imperium mundi*). — Pour l'opinion contraire, voir Eng. Volk., c. 16 et 18, et Ant. Ros. II, c. 4 et 7, mais surtout Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 1-10; celui-ci expose cinq différentes manières de voir, et paraît accorder ses préférences à la cinquième, d'après laquelle l'unité et la division peuvent être préférables tour à tour, suivant les circonstances; comp. lib. 2, c. 6-9.

La théorie des groupements partiels et le fédéralisme. — La manière de penser particulière au Moyen Age, bien qu'elle ait pour postulat que l'Église et l'Empire sont les signes visibles de l'unité de l'espèce humaine, considère néanmoins que cette unité ne doit pas dépasser les limites qu'exige le but commun de l'humanité. Ainsi cette unité n'est ni absolue ni exclusive; elle apparaît comme une coupole qui domine le système organique de la société humaine. Dans l'Église et dans l'Empire le corps total se subdivise en une quantité de corps partiels, dont chacun, bien qu'il constitue lui-même un tout, a cependant besoin d'être en relations avec le tout collectif (62). Chacun de ces corps partiels a une cause finale qui lui est propre; il domine un ensemble de parties qui procèdent de lui et dont chacune à son tour représente un tout (63). C'est ainsi qu'entre l'Universalité la plus élevée et l'unité indestructible de l'individu humaine se place une série d'unités intermédiaires, dans chacune des-

(62) Voir Aegid. Rom. *De reg. princ.* II, 1. c, 2. Engelb. Volk. *De ortu,* c. 15, 17, 18; de même que l'*exemplum universalis naturae* montre un effort vers l'Unité, de même l'*ordo totius communitatis* montre une *subalternatio* qui se reproduit continuellement jusqu'au sommet de la hiérarchie : au-dessus de tout bien général s'en trouve un autre plus général encore; de même un but inférieur sert de moyen pour parvenir à un but supérieur, et la somme des fins de ce monde sert à réaliser les fins de l'au delà; c'est ainsi que la *felicitas* d'un groupement restreint dépend toujours de celle d'un groupement plus vaste et, en dernier ressort, de la *felicitas imperii.* Dante, I, c. 3 et 5. Voir aussi Aug. Triumph. I, qu. 1, a. 6, et, en ce qui concerne la structure de l'Église, Gierke, *das deutsche Genossenschaftsrecht,* vol. III, § 8.

(63) D'après la théorie du Moyen Age, chaque corps tel qu'une commune villageoise, qui forme à la fois une subdivision et un tout particulier, a une fin particulière. (*Sonderzweck*) distincte de celles des groupements plus vastes, tels que le royaume. C'est surtout par Dante (I., c. 3 et 5) que cette théorie est bien exposée. Pour lui tout Etre composé (*plura ordinata ad unum*) a une fin particulière qui lui donne son unité. C'est le cas de l'*homo singularis,* de la *communitas domestica,* du *vicus,* de la *civitas,* du *regnum.* Mais personne n'a plus magnifiquement que Nicolas de Cusa (par exemple II, c. 27-28), exprimé cette idée que les membres tout en formant un tout organique, peuvent garder une certaine indépendance en s'adaptant à l'« harmonieux accord » du corps entier. Comp. aussi Ant. Ros. I, c. 6.

quelles sont comprises et combinées des unités de rang inférieur. La théorie du Moyen Age cherche à fixer d'une façon définitive le plan de cette organisation, et la hiérarchie de l'Église sert de modèle pour établir un système de groupements parallèles dans l'ordre temporel. Bien que les plans proposés diffèrent dans leurs détails, on y trouve en général cinq groupements superposés au-dessus de l'individu et de la famille : ce sont le Village, la Ville, la Province, la Nation ou *Regnum* et l'Empire; mais souvent aussi plusieurs de ces groupements sont considérés comme en formant un seul (64).

Fédéralisme et centralisation. — Cependant, avec le temps, cette conception fédéraliste du monde social est de plus en plus battue en brèche par des tendances centralisatrices, phénomène que nous voyons se produire d'abord dans le domaine ecclésiastique et ensuite dans le domaine temporel. La conception « antique-moderne » de l'unité de l'État, qui fait de celui-ci le maître unique et absolu de toute la vie collective, se forme peu

(64) Voir Aegid. Col. II, 1, c. 2 et Dante *loc. cit.* (tous deux réunissent la *provincia* et le *regnum* dans le même groupement); Bartol. [cité par Gierke, *das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, § 9, n° 7, où se trouve résumée la doctrine des légistes. Ceux-ci distinguent généralement trois étages d'*universitates* locales qui portent les noms suivants : 1) *vicus, villa, castrum, oppidum*; 2) *civitas*, c'est-à-dire une ville commandant un territoire comme on en voit en Italie; 3) *provincia* ou *regnum*.] — Occam, *Dial.*, III, tr. 1, lib. 2, c. 3-5. Thom. Aquin. *De reg. princ.* I, c. 1, distingue *familia, civitas, provincia* (*regnum*). Engelb. Volk. dans un de ses ouvrages (*De reg. princ.* II, c. 2-3) s'arrête à la *civitas*, qui comprend aussi le *regnum*; ailleurs (*De ortu*, c. 7 et 12) il dit qu'Aristote distingue cinq *communitates* (*domus, vicus, civitas, provincia*, et *regnum* auquel s'ajoute l'*imperium*), tandis qu'Augustin n'en reconnaît que trois (*domus, urbs, orbis*). — Aug. Triumph. *loc. cit.* voit dans le corps mystique de l'Église cinq *communitates* : le *vicus* avec le curé, la *civitas* avec l'évêque, la *provincia* avec l'archevêque, le *regnum* avec le patriarche, et la *communitas totius orbis* avec le pape. — Anton. Ros. I, c. 6, distingue au-dessus de l'individu et de sa famille (*domus*) cinq *corpora mystica universitatum*, qui sont : 1) *communitas unius vici, castri, oppidi*, sous le *parochus* et le *magister*; 2) *civitatis* sous l'*episcopus* et le *defensor civitatis*; 3) *provinciae* sous l'*archiepiscopus* et le *praeses provinciae*; 4) *regni* sous le *primas* et le *rex*; *universi orbis* sous le Pape et l'Empereur.

à peu au sein de la doctrine médiévale, et bientôt, inconsciemment d'abord mais consciemment ensuite, se met à réduire en pièces l'édifice de la pensée médiévale. Nous étudierons plus tard cette action destructrice; pour le moment continuons à suivre les idées directrices des théories poliques du Moyen Age.

IV. — L'IDÉE DE L'ORGANISME

L'idée de l'organisme appliquée à la Société. — La pensée du Moyen Age, qui partait de l'idée d'un Tout unique, se trouvait prête à considérer la Société comme un organisme, tandis qu'elle était originairement fort éloignée d'y voir une construction atomistique ou mécanique. Ainsi, sous l'influence des allégories bibliques et de la rhétorique grecque et romaine, s'établit partout l'habitude de comparer à un corps animé l'ensemble de l'humanité et chacun de ses groupements particuliers (65). Par suite on en vint bientôt à des concepts anthropomorphiques et à des erreurs produites par l'abus des images, mais aussi à quelques pensées fécondes qui avaient de l'avenir (66).

(65) Cet abondant développement de la pensée philosophique a échappé à van Krieken dans son livre *Die sog. organische Staatstheorie*, pp. 26-39. L'ouvrage de Held, *Staat und Gesellschaft*, pp. 575, est inexact.

(66) Le passage suivant ne concerne que les côtés de la comparaison organique [du corps politique avec le corps naturel], qui prennent de l'importance dans les théories juridiques. Indiquons seulement en passant les rapports de cette comparaison avec quelques-unes des images employées par le Droit Canon (par exemple le mariage spirituel du prélat et de l'église, le lien de famille de l'église-mère et de sa filiale) et avec quelques allégories poétiques comme la statue du rêve de Nebukadnezar (Cf. Gerson, IV, 662), ou l'établissement de l'Empire (Cf. Lup. Bebenb. *itmaticum querulosum*, dans Boehmer, *Fontes*, 1, 479). La même tendance se retrouve dans l'application à l'Église de la parabole des « six âges » (*tract. anonymi auctoris de aetatibus ecclesiae*, Gold. I, p. 25 et suiv., c. 3-7), et dans les remarques sur la vieillesse et la décrépitude de l'Empire (Eng. Volk. *de ortu et fine*, c. 21 et 23).

L'Humanité considérée comme un organisme. — En premier lieu, l'Humanité dans son ensemble est considérée comme un organisme. D'après l'allégorie exprimée par la profonde pensée de l'Apôtre Paul, — allégorie qui domine toutes les sphères de la pensée, — l'Humanité forme un Corps Mystique, dont la tête est le Christ lui-même (67). De là se déduit la théorie de l'Eglise, d'après laquelle ce Corps Mystique n'a pas d'autre chef en ce monde que le Vicaire du Christ : en effet, si auprès du Pape il y avait un second chef, l'Empereur, nous nous trouverions en présence d'un monstrueux *animal biceps* (68). Mais, en se servant de la même comparaison,

(67) Cp. par exemple B. Gregorius in c. 1, *Dist.* 89; Concil. Paris, a. 829 (cf. ci-dessus note 7); Jonas d'Orléans (cf. ci-dessus note 7); Grégoire VII (cf. ci-dessus note 45); Ive de Chartres (cf. ci-dessus note 20); Saint Bern. epist. v. 1146 (cf. ci-dessus note 7); Gerhoh. Reichersp. (cf. ci-dessus note 7); Thomas d'Aquin (cf. ci-dessus note 7); Ptol. Luc. *de reg. princ.* III, c. 10 (cf. ci-dessus note 12); Gl. au c. 14, X 5, 31 v. «*unum corpus*»; Innoc. c. 4, X 2, 12, nº 3; Alv. Pel. 1, a. 13; Joh. Andr., c. 4, X. 1 6, nº 13; Domin. Gem., C. 17, in Sexto, 1, 6, nºˢ 4-6.

L'idée du Corps Mystique est exprimée par Saint Paul à plusieurs, reprises, notamment dans les passages suivants. 1ᵉ Épitre aux Corinthiens, I, ch. X, v. 16-17 : « *Calix benedictionis, cui benedicimus, nonne communicatio sanguinis Christi est? et panis, quem frangimus, nonne participatio corporis Domini est? Quoniam unus panis, unum corpus multi sumus, omnes qui de uno pane participamus* ». Épitre aux Colossiens, ch. I, v. 24 : « *Adimpleo ea quae desunt passionum Christi, in carne mea, pro corpore ejus,* quod est ecclesia. » (Cf. ci-dessus la Préface).

Cette doctrine est déjà développée par Cyprien, Epist. 41, 44, et surtout 52; Hieronymus ad 1, Cor. 12; Chrysostome dans Ep. I, ad Corinth. Homil. 30-32; cp. aussi Homil. 24; Augustin, *De civ. Dei*, lib. XXI, c. 25; XXII, c. 18, Sermo, 354, etc. L'exposé détaillé de l'idée de l'Église chez saint Augustin se trouve dans A. Dorner, *Augustinus*, Berl. 1873, pp. 233 et suiv. — Comme le développement dogmatique de la doctrine de la Communion servit de base à l'idée de l'union « mystique » de tous les Chrétiens dans le Corps du Christ et par Son intermédiaire, Saint Augustin établit un étroit rapprochement entre la réception du Corps du Christ dans la Communion et l'incorporation de l'individu dans l'Église. (Voir Dorner, *loc. cit.*, pp. 102, 263 et suiv.)

(68) Alv. Pel. I. a. 13 F et a. 37 R-Q. *Cler. in* Somn. Virid., II, c. 6 et suiv. Occam. *Dial*, III, tr. 1, lib. 2, c. 1. Aug. Triumph., 1 qu., 5, a. 1 et qu. 19 a. 2 (le Pape est *caput universalis ecclesiae... et capitis est influere vitam omnibus membris*); ailleurs (1, qu. 1, a. 1 et 6), il appelle le Pape le cœur qui porte la vie dans tout le *corpus mysticum* et il remarque à ce sujet (I, qu. 19, a. 2), qu'il n'y a pas là de contradiction, puisque dans le langage des métaphores on peut varier les comparaisons pour exprimer

les théoriciens de l'Empire prouvent qu'il est nécessaire que la Chrétienté ait un chef laïque (69), puisqu'il faut bien qu'il y ait une tête distincte pour chacun des deux organismes qui composent ce Corps unique (70). Suivant cette théorie, c'est dans le Chef céleste que ce Corps réalise complètement son unité; en effet, il est vrai que le Corps Mystique ne peut pas plus qu'un corps naturel avoir deux têtes équivalentes, aussi a-t-il un Chef suprême; mais au-dessous de celui-ci peuvent exister plusieurs subdivisions dont chacune forme un corps complet, muni d'une tête particulière (71).

Le Corps Mystique. — Mais depuis longtemps, dans cette façon de concevoir l'Humanité comme un organisme, apparaît le désir de voir l'Église et l'État se compléter réciproquement et s'unir dans une seule et même vie. Les théoriciens du parti de l'Église tirent parti, à ce point de vue, de la vieille comparaison qui assimile le *regnum* au corps et le *sacerdotium* à l'âme. En effet, ils y trouvent une base commode pour soutenir leur principe de la subordination du pouvoir spirituel

différentes analogies. Joh. Andr., Nov. s. c. 13 X 4, 17. Card. Alex. D. 15 et c. 3 D. 21. Ludov. Rom. cons. 345, nos 3 et suiv. Petrus a Monte, *De primatu papae,* I, no 14 (Tr. U. J. XIII, 1. p. 144).

(69) Engelb. Volk. *De ortu*, c. 15, 17, 18. Pétrarque, ép. VII : *l'orbis universus* étant un *magnum corpus*, ne peut avoir qu'*unum caput naturale*, car, si un *animal biceps* est un monstre, combien plus le serait un animal qui aurait un grand nombre de têtes; de même l'ép. VIII. Nicol. Cus. III, c. 1 et 41. Ant. Ros. I, c. 67. Pétrus de Andlo, II, c. 2

(70) *Miles in Somn. Virid.*, II, c. 305-312.

(71) Lup. Bebenb., c. 15, pp. 399, 401 : Il ne faut pas *duo capita in solidum*, mais un *caput mediatum* au-dessous d'un *caput immediatum*, comme les rois sont au-dessous de l'Empereur, et les évêques au-dessous de l'archevêque. *Quaestio in utramque part.* p. 103. Occam, *Dial.* III, tr. 1, lib. 2, c.1 et 30 : *quamvis corpus naturale esset monstruosum, si haberet duo capita, ...tamen corpus mysticum potest habere plura capita spiritualia, quorum unum sit sub alio* : tels sont les prêtres et les rois, dont Dieu est chef commun.

au pouvoir temporel (72). Aussi, tantôt leurs adversaires essayent-ils de remplacer cette image par une autre (73), et tantôt l'adoptent-ils en se bornant à en tirer d'autres

(72) Dès son origine, l'Église a combattu le principe du droit romain d'après lequel les associations religieuses n'existeraient que par l'État, dans l'État et pour l'État. Elle a, de bonne heure, réclamé le droit de diriger l'État, ayant sur celui-ci la même supériorité que l'âme a sur le corps. Ses prétentions à ce sujet ont été réunies et discutées par E. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, Leipzig, 1878, t, I, pp. 70-94; cp. aussi Hergenröther, *Katholische Kirche und christlicher Staat*, Freiburg, 1872, t. I, pp. 375 et suiv., p. 384, n. 1, pp. 386 et suiv.; Molitor, *Die Dekretale per venerabilem*, Munster, 1876, pp. 213 et suiv. — Pour la formation de la doctrine du Moyen Age ont une importance particulière : la comparaison de l'Église et de l'État avec l'âme et le corps (Constitut. Apostol. II, 34, Chrysostom. in ep. II, *ad Cor. hom.* 15, c. 4-5, *de sacerd.* III, 1, Grégoire de Nazianze, *Orat.* XVII, Isidore de Pelusium. lib. III, ep. 249), ou bien avec le ciel et la terre (Chrysost. *loc. cit.* et Grég. de Naz. *loc. cit.*) ainsi que les conclusions qui en sont tirées, particulièrement par Chrysostome; le mot de saint Ambroise « *imperator enim intra ecclesiam, non supra ecclesiam est* », et la désignation de l'Empereur comme « *filius ecclesiae* » (*Sermo ad Auxentium*, c. 36); la démonstration par Saint Augustin (*de civitate Dei*, cf. *de unitate ecclesiae* c. 49, epist. 141) de cette idée que la *civitas Dei* ou *cœlestis*, au service de laquelle la *civitas terrena* doit se mettre pour racheter ses péchés, coïncide avec l'Église, Corps du Christ, dont l'organisation s'étend sur toute la terre, et qui parle et agit par l'intermédiaire de son clergé; la théorie qui, non seulement nie le caractère obligatoire des lois contraires aux commandements de l'Église, mais qui impose même le devoir de désobéir à ces lois (Saint Augustin, ep. 105, c. 6-7 et Sermon 62, repris dans c. 98 et 97 C. XI, qu. 3); la formule définitive de la théorie des deux pouvoirs dans les écrits du pape Gélase I, v. 494 (Thiel, Epist. R. P. *genuinae* 1.350 et suiv., Jaffé, n° 387,en partie dans Dist. 96, c. 10); les déclarations semblables du pape Symmaque (Thiel I, 700 et suiv. Jaffé, n° 475); la décision du Syn. Rom. IV, v. 502 (c. 23 C. 16 qu. 7), suivant laquelle, vis-à-vis de l'Église, pour tout laïque, y compris le Souverain lui-même, *obsequenti manet necessitas, non auctoritas imperandi.*

Pour l'époque postérieure, cf. Ive de Chartres, Epist. 106 (v. ci-dessus n. 20); Johann. Saresb. Polycr. V, c. 2, 3-5; Alex. Hal. III, qu. 40, m. 2; Hugue de Saint-Victor, *De sacram* lib. II, p. 2, c. 4; Honorius Augustodunus, *Summa gloria de praecell. sacerd.* dans Migne, t. 172; Innocent III au c. 6, X. 1, 33; *Reg. sup. neg. Imp.* ep. 18; Thom. Aquin, *Summa*, II, 2 qu. 60 art. 6, ad 3 (*potestas saecularis subditur spirituali, sicut corpus animae*); Ptol. Luc. III, c. 10; Alv. Pel. I a. 37 R. Cler. dans *Somn. Virid* I c. 37, 43, 45, 47, 101.

(73) Ainsi le chevalier dans le *Somn. Virid.* (I. c. 38, 44, 46, 48, 102 et II. 102), déclare que le Christ seul est l'Ame, tandis que le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel sont les deux membres principaux, la tête et le cœur, également dirigés par l'Ame, mais doués d'une puissance et d'une activité distinctes. — D'autre part Marsile de Padoue ne voit dans le Clergé rien de plus qu'un membre comme les autres.

conséquences. Cette dernière attitude est celle que prend Nicolas de Cusa lorsqu'il trace son magnifique tableau de l'Humanité Organisée. Pour lui c'est l'Église qui constitue le Corps Mystique, dont le corps est formé par tous les fidèles, l'âme par le clergé et l'esprit par Dieu lui-même, qui se communique dans les sacrements. Dans cette Unité Spirituelle se distinguent la vie de l'âme et celle du corps, qui ont chacune leur constitution et leur organisation propre, de sorte qu'il existe deux ordres de vie égaux en droits. Mais puisque chacun de ces deux ordres n'est qu'une des deux faces du grand organisme humain, ils doivent vivre en parfaite harmonie et se pénétrer mutuellement dans toutes leurs parties. De même que l'âme, malgré son unité, agit dans chaque membre aussi bien que dans l'ensemble du corps (*est tota in toto et in qualibet parte*) et a le corps pour corrélatif nécessaire, de même il doit y avoir entre la hiérarchie spirituelle et la hiérarchie temporelle une inextricable connexion et de perpétuelles actions réciproques, dans chaque partie aussi bien que dans le tout. A chaque membre temporel de ce corps de l'Humanité doit correspondre une fonction spirituelle qui représente l'âme dans ce membre (74).

Les corps moraux et politiques. — On compare ainsi à un corps naturel (*corpus naturale et organicum*) non seulement l'Humanité prise dans son ensemble, l'Église universelle et l'Empire universel, mais encore chaque Église particulière, chaque État particulier, et

(74) Nic. Cus. I, c. 1-6, III, c. 1, 10, 41. La Papauté représente l'âme dans la tête, le patriarcat dans les oreilles et les yeux, l'archiépiscopat dans les bras, l'épiscopat dans les doigts, le clergé paroissial dans les pieds, tandis que l'Empereur, les rois et les ducs, les marquis, les comtes, les *rectores* et les simples laïques sont les membres correspondants de la *hierarchia corporalis*. Le même parallélisme qui a été établi entre les fonctions est ensuite poursuivi entre les divers degrés de l'élection, entre les assemblées plénières ou particulières, entre les Sénats (des Cardinaux et des Princes-Électeurs), etc.

même chaque association humaine permanente. On applique à chacun d'eux le concept et le terme même du « Corps Mystique » ou bien, comme le fait déjà Engelbert de Volkersdorf (1250-1311), par opposition au corps naturel, on emploi le terme de Corps moral et politique (*corpus morale et politicum*) (75).

Anthropomorphisme. — De bonne heure quelques auteurs, par anticipation sur certaines erreurs modernes, se mettent à poursuivre cette comparaison dans les moin-

(75) Déjà les Glossateurs, pour illustrer leur définition de l'*Universitas* formant un *corpus unum*, (Pillius, *Summa Cod.* 11, 17, n° 1), ont comparé les associés aux membres d'un corps humain (Gl. au lib. un. c. 11, 14, v. *corporatis* : « *corporatus dicitur, qui in corpore aliquo scribitur proprie, sicut quodlibet membrum hominis corporatum dicitur, et civis factus vel incola.* » Cette image a été reprise par les Canonistes : Innoc. c. 4 X 2, 12 n° 4. Archid. c. 13 C. 12 qu. 1. Joh. Andr. c. 4 X 1, 6 n° 13 : « *eccl. universalis est unum Christi Corpus... cujus caput est Romana eccl.*; *...inferiores ecclesiae sunt hujus capitis membra, quae sunt vel membra ex capite vel membra ex membris, sicut in corpore humano a brachio manus, a manu digiti, a digitis ungulae proveniunt.* » Gl. au c. 2 Extrav. Joh. XXII de el. 1 v. « *ecclesiis* ». De même Cardin. Alex. c. 3 D. 21. Decius, c. 4 X. 1, 6 n° 21. — Dans chacune de ces églises on distingue le chef et les membres, dont la réunion forme le corps. *Summa Colon.* p. 15, dans Schulte, *Geschichte der Quellen*, etc. p. 101. Gl. au c. 9 X 1, 4 v. « *consensu* ». *imo episc.* et *cap. unum corpus et unum collegium sunt, ita quod ipse caput et ipsi canonici membrum.* Gl. au c. 8 X 1, 6 v. « *contulerint* » et c. 14 X 5, 31 v. « *unum corpus* ». Joh. Andr. c. 1 X 1, 6 n° 10 et Nov. S. c. 1 dans Sexto 3, 8 n° 2.

Enfin cette image a été appliquée à la société politique. Joh. Saresb. V c. 2 : *est respublica corpus quoddam, quod divini muneris beneficio animatur et summae aequitatis agitur nutu et regitur quodam moderamine rationis.* Vincent Bellov. *Spec. doctr.* VII, c. 8 « *de corpore reipublicae mystico* ». Hugo Flor. I c. 2 : *corpus regni*; de même c. 1, 3, 4. Thom. Aquin. *De reg. princ.* I c. 1, 12-14; *Summa Theol.* II, 1 qu. 81 a. 1 : « *in civilibus omnes homines, qui sunt unius communitatis, reputantur quasi unum corpus, et tota communitas quasi unus homo* ». Ptol. Luc. II, c. 7 : *quodlibet regnum sive civitas sive castrum sive quodcunque aliud collegium assimilatur humano corpori*; IV c. 23. Eng. Volk. *De reg. princ.* III c. 16 : *civitas vel regnum est quasi quoddam unum corpus animatum*; c. 19 : *corpus naturale*; *corpus morale et politicum.* Marsile de Padoue I. c. 15. Occam. *Octo* qu. VIII, c. 5, p. 385, *Dial.* III, tr. 1, lib. 2, c. 1, tr. 2, lib. 1, c. 1. Gerson IV, 598, 600, 601. Zabar. c. 4 X 3, 10, n°s 2-3; *ad similitudinem corporis humani.* Aen. Sylv. c. 18 : *mysticum reipublicae corpus.* Ant. Ros. I c. 6 : les cinq degrés du « *corps mystique* » (v. ci-dessus note 64). Martinus Laudensis, *De repress.* (Tr. U. J. XII, 279) n°s 5 et 6 : *univ. est corpus mysticum, quod continet partes suas*, i. e. *singulos de universitate.* Bertach. v. « *capitulum* » f. 150, n° 4.

dres détails, et souvent d'une façon aussi superficielle que dénuée de goût. Jean de Salisbury est le premier qui essaie de faire correspondre un membre du corps humain à chacune des parties de l'État (76). Il déclare s'inspirer d'une Épitre à Trajan (faussement attribuée à Plutarque et inconnue d'autre part), en faisant remarquer qu'il en a pris seulement l'idée générale, sans suivre le texte à la lettre (77). Plus tard d'autres auteurs l'ont suivi dans cette voie, mais avec quelques différences de détail (78). La comparaison la plus complète a été faite par Nicolas de Cusa, qui y déploie tout l'appareil des connaissances médicales de son temps (79).

(76) Joh. Saresb. Polycr. V c. 1 et s. Les serviteurs de la religion sont l'âme du corps, et par suite ont le *principatum totius corporis* (c. 3-5). Le prince forme la tête (c. 6 et IV c. 1, 3, 8), le sénat le cœur (V c. 9), la cour les flancs (c. 19); les fonctionnaires et les juges sont les yeux, les oreilles et la langue (c. 11-17); les autorités exécutives sont la main désarmée, tandis que les forces militaires sont la main armée (VI c. 1-19); l'administration des finances est le ventre et les intestins (V. c. 2, VI c. 24); les paysans, les ouvriers et tous les travailleurs sont les pieds, de sorte que *numerositate pedum* l'État dépasse même le myriapode; les chaussures sont la protection du peuple, tandis que les souffrances de ces pieds sont la goutte de l'État (VI c. 20).

(77) Joh. Saresb. V c. 1. Cp. Wyttenbach, *Plutarchi Moralia, Oxonii* 1795, I, p. LXVIII et suiv.; Schaarschmidt, *Johannes Saresberiensis*, Leipz. 1862, p. 123. — L'idée de comparer chaque partie de l'État à un membre du corps humain a été donnée en partie par Saint Paul (mentionné au c. 1 *Dist.* 89 où l'image des *membra in corpore* est appliquée aux offices ecclésiastiques), et en partie par les écrivains de l'antiquité, dont on maintint la tradition de certaines expressions plastiques, comme on peut déjà s'en rendre compte dans la *Lex Wisigoth.* II, 1 § 4. V. aussi l'ancienne Introduction aux *Institutiones* dans Fitting, *Jur. Schriften des früheren Mittelalters* (Halle, 1876), p. 148, § 20 (*Princeps quasi primum caput... illustres quasi oculi... spectabiles manus... clarissimi thorax... pedanei pedes*; et de même dans l'Église).

(78) Ainsi Vincent. Bellovac : *Spec. doctr.* VII c. 8-14 (reproduit presque littéralement Joh. Saresb.) Ptol. Luc. II, c. 7, IV c. 11 et 25 (s'appuie sur l'autorité de Policraticus). Engelb. Volkersd. *De reg. princ.* III c. 16 : les souverains sont l'âme, et les citoyens, chacun suivant ses fonctions dans l'État, sont les membres (*cui deputatur a natura unumquodque simile membrum in corpore*). Aen. Sylv. c. 18. — Marsile de Padoue se laisse moins aller à ces divagations, malgré l'étalage qu'il fait de ses connaissances médicales.

(79) Nic. Cus. I c. 10, 14-17, et III c. 41. Dans la *vita spiritualis*, qui dans son ensemble représente l'âme, le Christ lui-même est le cœur, dont,

Déductions tirées de l'idée du corps politique. — Cependant, dès le Moyen Age, il ne manque pas de tentatives où l'analogie de la société avec un corps animé est développée d'une façon moins superficielle, et où l'idée de l'organisme est plus ou moins libérée de son vêtement anthropomorphique. Déjà Jean de Salisbury en déduit ces propositions — inattaquables en elles-mêmes — que la bonne constitution apparaît dans la juste attribution des fonctions aux membres et dans l'adaptation, la vigueur et la composition de ceux-ci; — que chacun des membres doit compléter et soutenir les autres dans l'accomplissement de leurs fonctions, ne jamais perdre de vue leur intérêt et se considérer comme atteint lui-même par tout dommage qui leur est causé; — que la véritable *unitas* du corps de l'État se manifeste par la juste *cohaerentia* des membres, aussi bien dans leurs rapports réciproques que dans leurs rapports avec la tête (80). Saint Thomas d'Aquin, Alvarius Pelagius et bien d'autres appliquent cete théorie de l'Organisme, dans son vêtement traditionnel et mystique, à l'interprétation de la structure et de l'unité de l'Église (81). Ptolémée de Luc-

en guise d'artères, les *canones* se détachent dans toutes les directions; ceux-ci constituent l'autorité pontificale, qui ne leur est pas supérieure. Dans la *vita corporalis* les fonctions, en descendant depuis celle de l'Empereur, forment les différents membres; les *leges* sont les nerfs et les *leges imperiales* le cerveau; celles-ci sont donc inséparablement liées à la tête, c'est-à-dire à l'Empereur. La *patria,* élément durable, est le squelette, tandis que la chair est représentée par les hommes changeants et périssables. La santé de l'État réside dans l'harmonie des quatre tempéraments. Les maladies de ce corps politique doivent être traitées par l'Empereur, qui prend l'avis des livres et des plus expérimentés des médecins de l'État. L'Empereur lui-même doit examiner ces remèdes, à l'aide de la vue, de l'odorat et du goût, afin de voir s'ils sont appropriés au temps et au lieu, puis il doit les porter aux dents (conseil privé), à l'estomac (grand conseil) et au foie (*consistorium judicum*), qui sont chargés de la digestion et de la distribution. Si tous les agents curatifs restent sans effet, il doit, en dernier lieu, recourir à l'amputation du membre malade, mais quand il le fera, ce sera toujours *cum dolore compassionis.*

(80) Joh. Saresb. VI, c. 20-25.

(81) Thom. Aquin. *Summa Theol.* III qu. 8 démontre avec détails que « *tota ecclesia dicitur unum corpus mysticum per similitudinem ad naturale*

ques poursuit cette idée que la vie de l'État est basée sur une harmonie analogue à l'harmonie que les forces organiques (*vires organicae*) réalisent dans le corps naturel : dans l'un et l'autre cas c'est la Raison qui, ayant à diriger toutes les forces inférieures, les met en relation et complète leur unité (82). Aegidius Colonna, qui emploie constamment l'image du corps naturel, débute par cette phrase : « *Sicut enim videmus corpus animalis constare ex diversis membris connexis et ordinatis ad se invicem, sic quodlibet regnum et quaelibet* congregatio (groupement humain) *constat ex diversis personis connexis et ordinatis ad unum aliquid* ». Il distingue donc la *justitia commutativa*, qui règle les relations des membres entre eux et assure leur équilibre, leur développement et leur influence mutuelle, et la *justitia distributiva*, qui, émanant d'un point comparable à la place que le cœur occupe dans le corps, distribue aux membres la force

corpus humanum », et que le Christ est la tête de ce corps, dont toutes les créatures raisonnables sont les membres. Il fait cependant remarquer qu'entre le corps mystique et le corps naturel il y a une simple analogie, et non une identité. Entre autres différences, il fait valoir que les hommes déjà morts ou ceux encore à naître sont, au même titre que les vivants, membres du corps mystique, que celui-ci se subdivise en d'autres corps indépendants de lui, et qu'à cette multiplicité de membres correspond une multiplicité de têtes (*caput capitis*). Puis il représente les différents états de la grâce comme répondant à des degrés dans le corps mystique (art. 3). Il explique encore le Péché Originel en disant que « *omnes homines qui nascuntur ex Adam possunt considerari* ut unus homo » et aussi « *tanquam multa membra unius corporis* », mais que « *actus unius membri corporalis, puta manus, non est voluntarius voluntate ipsius manus, sed voluntate animae, quae primo movet membrum* » : *Summa Theol.* I, qu. 81, a. 1. Il établit une relation entre l'idée du corps mystique et la doctrine des sept Sacrements, dont deux ont pour effet de conserver et d'accroître la Société au point de vue spirituel et au point de vue temporel, et cinq ont pour effet de mettre l'Individu sur le chemin de la grâce : *Summa Theol.* III, qu. 65 et suiv.; *Summa contra gentil.* IV, qu. 58 et suiv.; Lect. 2 ad Rom. 12. Même quand il parle des différences de la fonction et de l'office ecclésiastiques, il les déduit de la nécessité d'avoir divers membres dans un seul corps et avec une seule âme : Lect. 2 ad Rom. 12; Lect. 3 ad I Cor. 12. Cp. Alvar. Pel. I, a. 63. De même Catechism. Rom. P. II c. 7, qu. 6.

(82) Ptol. Luc. IV. c. 23 : C'est pourquoi l'État est comparé par saint Augustin à un chant mélodieux, tandis qu'il est comparé par Aristote à un *naturale et organicum corpus.*

vitale et le mouvement suivant la proportion qui leur est due (83). Toute l'exposition faite par Engelbert de Volkersdorf des avantages dont jouit, à l'intérieur et à l'extérieur, l'État bien administré, a son point de départ dans l'hypothèse d'une analogie complète entre cet État et un individu : l'individu étant une partie du corps animé dont l'État est l'expression totale, tous deux seraient régis par les mêmes lois et devraient leurs progrès aux mêmes vertus et aux mêmes qualités (84). Marsile de Padoue base toute sa doctrine de l'État sur la proposition suivante : « *civitas est velut animata seu animalis natura quaedam* », et, avec beaucoup d'originalité et de talent, il poursuit la comparaison entre un État bien constitué et un « *animal bene dispositum* ». Ils diffèrent par leur principe constitutif, qui pour l'animal est simplement dans la force naturelle, tandis que pour l'État il est dans la force de la raison humaine; par suite, la vie de l'organisme est régie dans le premier cas par la loi de la nature, et dans le second cas par la loi de la raison. Marsile compare donc, jusque dans leurs détails, la Raison qui façonne l'État et la Nature qui forme l'organisme. Dans les deux cas un certain nombre de parties, ajustées suivant une certaine proportion, forment un ensemble tel que l'activité de chacune profite aux autres et au groupe qu'elles constituent (*componitur ex quibusdam proportionatis partibus invicem ordinatis suaque opera sibi mutuo communicantibus et ad totum*). Quand la parfaite union de ces parties, l'*optima dispositio*, est réalisée, il en résulte pour le corps naturel la santé, et pour l'État la *tranquillitas*. Et, de même que dans un corps bien portant

(83) Aegid. Rom. *De regim. pr.* I, 2. c. 12; cp. I, 1 c. 13, III, 1. c. 5 et 8, III, 2. c. 34, III, 3. c 1 et c. 23 (les guerres ont pour la société humaine des effets analogues à ceux que la médecine a pour le corps humain).

(84) Engelb. Volk. *De reg. princ.* III, c. 16. Dans c. 18-31, il établit un parallèle entre les cinq *bona interiora* (*sanitas, pulchritudo, magnitudo, robur, potentia agonistica regni*) et les six *bona exteriora* (*nobilitas, amicitia, divitiae, honorabilitas, potentia, bona fortuna regni*).

chaque partie remplit parfaitement les fonctions qui lui sont propres (*perfecte facere operationes convenientes naturae suae*), de même, dans un État où règne la *tranquillitas*, chaque partie remplit parfaitement les fonctions qui lui sont assignées par la raison et par la constitution (*unaquaeque suarum partium facere operationes convenientes sibi secundum rationem et suam institutionem*) (85). Occam, qui à bien des points de vue traite l'État comme un organisme, en tire cette conclusion, qui lui est personnelle, que comme en cas de besoin un organe peut suppléer à un autre, de même, en certains cas, l'État peut exercer des fonctions ecclésiastiques et l'Église peut exercer des fonctions temporelles (86). Cette comparaison entre l'État et le corps humain a été employée de la façon la plus variée par Dante, Jean de Paris, Gerson, d'Ailly, Pierre d'Andlau et d'autres écrivains du quatorzième et du quinzième siècles. Cependant cette idée n'a jamais été aussi magnifiquement exprimée que dans le système d'Harmonie Cosmique de Nicolas de Cusa. Celui-ci s'efforce de nous faire apparaître, dans un harmonieux équilibre, d'une part, les sphères de vie indépendante de tous les organismes individuels, depuis les plus grands jusqu'aux plus petits, et, d'autre part, les sphères plus élevées et plus vastes, où s'exerce l'action combinée de tous ces individus dont les groupements forment des ensembles organiques de plus en plus étendus.

(85) Marsile de Padoue, I. c. 2, et pour les détails c. 15. Comp. c. 8, 17, et II, c. 24.

(86) Occam, *Octo* qu. 1, c. 11, et VIII, c. 5, p. 385. De même qu'un estropié s'efforce de marcher avec ses mains, et qu'un individu privé de mains s'efforce de saisir les objets avec ses dents, de même « *in corpore mystico et in collegio seu universitate, uno deficiente, alius, si habet potestatem, supplet defectum ejus* ». Voir *Dial.* III, tr. 2, lib. 3, c. 2 et 4, où l'on compare les fonctions communes et les fonctions spécifiques du clergé et des laïques en tant que *diversa membra in corpore ecclesiae*, tout en faisant remarquer que dans le corps mystique, bien plus que dans le corps naturel, un membre est appelé, en cas de nécessité, à remplacer un autre membre dans les fonctions qui sont assignées à celui-ci par le droit positif.

Les membres du corps social, leur différenciation et leurs fonctions. — De cette idée fondamentale de l'Organisme Social le Moyen Age déduit une série d'autres idées. Il développe d'abord l'idée du « membre social », pour expliquer la place qu'occupe l'individu humain dans les divers groupements ecclésiastiques et politiques. On fait remarquer, d'une part, que ce membre n'est qu'une partie du Tout, que ce Tout est indépendant du changement de ses parties, qu'en cas de conflit l'intérêt de l'individu doit être sacrifié à l'intérêt du corps social, et d'autre part, que le Tout ne vit et n'apparaît que dans ses membres, dont chacun est précieux pour lui, et qu'une amputation, quelque justifiée qu'elle soit et quelque insignifiant que soit le membre, est toujours une opération regrettable et douloureuse pour le corps social (87). Puis, de cette idée de l'organisme, qui implique une association d'éléments inégaux, on déduit la nécessité de différences dans les rangs, dans les professions et dans les États sociaux (*Stânde*), de sorte que les individus sont considérés, non pas comme des unités arithmétiques équivalentes, mais comme des éléments du corps ecclésiastique et du corps politique, éléments différenciés et groupés en société (88). A cette image du corps

(87) Comp. Joh. Saresb. (ci-dessus note 75). Thom. Aq. *De reg. pr.* I c. 12, *Summa Theol.* II, 2 qu. 58, a. 5, III qu. 8, a. 1; (cf. ci-dessus répét. note 81). Aegid. Rom. (ci-dessus note 83). Engelb. Volk. III, c. 16. Alv. Pel. I a. 63 : *ecclesia est... unum totum ex multis partibus constitutum et sicut unum corpus ex multis membris compactum*; il suit dans tous ses détails la doctrine de saint Thomas. Baldus, prooem. feud. nº 32 : *imperium est in similitudine corporis humani, a quo, si abscinderetur auricula, non esset corpus perfectum, sed monstruosum.* Nicol. Cus. (ci-dessus note 79). Aen. Sylv. c. 18. Ant. Ros. I c. 67 et 69.

(88) Comp. la définition de l'*ordo* : *parium et disparium rerum sua cuique loca tribuens dispositio,* définition qu'Hugo Floriac. I c. 1 et 12, et Ptol. Luc. IV, c. 9, ont empruntée à Saint Augustin, *De civ. Dei,* liv. 19, c. 13. (Sur le vocabulaire de Saint Augustin, cf. l'étude de Bernheim, *Deutsche Zeitschrift fur Geschichtswissenschaft. Neue Folge,* Erster Jahrg. Fribourg, 1896-1897). De cette définition de l'*ordo* Saint Thomas d'Aquin (*Summa Theol.* I qu. 96 a. 3) tire cette conclusion que, même s'il n'y avait pas eu de péché originel, l'inégalité se serait développée d'elle-même

humain on emprunte encore l'idée des centres intermédiaires, grâce auxquels, dans les organismes compliqués, plusieurs étages de groupements plus simples se superposent entre l'individu et l'Unité suprême (89). L'on insiste sur la nécessité de cette autonomie relative pour résister aux tendances centralisatrices des papes, qui menaçent de détruire la structure organique de l'Église (90). D'ailleurs l'ordre de la constitution, qui assemble

entre les hommes » *ex natura absque defectu naturae* »; en effet « *quae a Deo sunt, ordinata sunt* : *ordo autem maxime videtur in disparitate consistere* ». Voir aussi *Summa adversus gentiles*, III c. 81. — Puis les états sociaux (*Stände*), les groupes, les associations professionnelles, etc., sont désignés comme des *partes civitatis* par tous les auteurs qui se rattachent à Aristote, et surtout par Marsile de Padoue, II. c. 5, qui distingue trois *partes vel officia civitatis* au sens littéral, ce sont l'armée, le clergé et les juges, et trois *partes vel officia civitatis* dans un sens plus étendu, ce sont l'agriculture, l'industrie et le commerce. La même idée est appliquée à l'Église, par exemple par Saint Thomas d'Aquin (v. ci-dessus note 81). Suivant Alv. Pel. I a. 63 G, on peut, sans porter atteinte à l'unité de l'Église, y faire la distinction des *status*, des *officia* et des *gradus*, puisqu'on fait, entre les membres du corps, la même distinction au triple point de vue de leur nature, de leur fonction et de leur beauté. Voir aussi Randuf, *De mod. un.* c. 2 (*membra inaequaliter composita*), 7 et 17.

(89) Alv. Pel. I a. 36 C, distingue les *membra indivisibilia*, dont les parties ne sont plus des membres (comme, dans l'Église, les « *personae singulae fideles* ») et les *membra divisibilia*, dont les parties elles-mêmes sont encore des membres (comme les « *ecclesiae particulares* » et les « *collegia spiritualia* ») Antonius de Butrio, c. 4 X 1, 6, nos 14-15 (*membra de membro*). Marsil. Patav. II. 24 : pour que la comparaison avec un animal puisse être poursuivie, dans le *regimen civile* aussi bien que dans le *regimen ecclesiasticum*, il faut qu'il y ait, entre la tête et chaque membre, des articulations multiples et graduées; sinon nous aurions affaire à un monstre; les doigts ne doivent pas être joints directement à la tête, mais à la main; la main doit être jointe au bras, le bras à l'épaule, l'épaule au cou et le cou à la tête. Nic. Cus. II c. 27 Innoc. c. 4 X 2, 12 no 4. Archid. c. 13 C. 12 qu. 1 Joh. Andr. c. 4 X 1, 6 no 13 : « *eccl. universalis est unum Christi corpus... cujus caput est Romana eccl.*; ...*inferiores ecclesiae sunt hujus capitis membra, quae sunt vel membra ex capite vel membra ex membris, sicut in corpore humano a brachio manus, a manu digiti, a digitis ungulae proveniunt* ». Gl. au c. 2 Extrav. Joh. XXII de el. 1 v. « *ecclesiis* ». De même Cardin. Alex. c. 3 D. 21. Decius c. 4 X 1, 6 no 21.

(90) Déjà saint Bernard (*De consid.* III, p. 82) exhorte le Pape à respecter les *potestates mediocres et inferiores*, qui, elles aussi, sont d'institution divine; agir autrement équivaudrait à mettre le pouce au-dessus de la main et à côté du bras, c'est-à-dire à produire un monstre : « *tale est si in Christi corpore membra aliter locas quam disposuit ipse.* » Mars, Pat. II, c. 24 poursuit cette comparaison en détail, pour reprocher aux Papes

toutes les parties dans une grande Unité, est considéré comme une véritable organisation, faite sur le modèle de la Nature. Suivant Marsile de Padoue, la tâche qui s'impose est d'ordonner les parties de telle façon que, ne rencontrant aucun obstacle dans leur action réciproque, elles puissent vraiment former un Tout; mais à cette doctrine égalitaire s'oppose celle de Ptolémée de Lucques, suivant laquelle les forces inférieures doivent recevoir leur impulsion et leur règle des forces supérieures, et être toutes soumises à la force suprême (91). Du moment où l'idée de l'organisme est appliquée à la société, chaque forme de l'activité sociale correspond à une fonction (*operatio*, *actus*, *officium*) du corps social (92), et le membre qui accomplit cette fonction correspond à un organe (93). Enfin, de la nature même de l'organisme, on déduit avec une rigueur absolue l'existence de

d'avoir altéré la forme du corps mystique du Christ en détruisant ses articulations organiques, tandis que la substance de ce corps est altérée par la corruption du clergé. Les champions des conciles ont encore recours à cette image pour prouver que le corps mystique périra si tous les pouvoirs sont concentrés dans le plus élevé de ses membres. Voir Randuf. *loc. cit.* c. 17 (183); Gregor Heimb. *De pol. eccl. Rom.* II, pp. 1615 et suiv.

(91) Ptol. Luc. II, c. 26 (où l'idée de l'organisation est appliquée, non seulement au corps humain, mais encore aux sphères célestes) Marsil. Pat. 1, c. 2 et 5 (ci-dessus note 85) — Comp. aussi Thomas Aquin. *Summa contra gentil.* III c. 76-83. Alv. Pel. I a. 63 C. (*ordinatio*). Engelb. Volk. III, c. 21 (*in ordinatione debita et proportione ad invicem... partium*). Nicol. Cus. III, c. 1 (*omnia quae a Deo sunt, ordinata necessario sunt*). Petr. de Andlo, I, c. 3.

(92) Joh. Saresb. *loc. cit.* Thom. Aq. *Summa Theol.* I, qu. 81 a. 1; Lect. 2 ad Rom. 12 : *in corpore humano quaedam sunt actiones, quae solum principalibus membris conveniunt, et quaedam etiam soli capiti; sed in ecclesia vicem capitis tenet papa et vicem principalium membrorum praelati majores ut episcopi*; *ergo*, etc. Ptol. Luc. II c. 23 : *debet ...quilibet in suo gradu debitam habere dispositionem et operationem.* Marsil. Patav. I, c. 2 (ci-dessus note 85) et c. 8 : après la formation et la séparation des différentes parties de l'État, il faut qu'il y ait une distribution et un règlement de leurs *officia* « *ad instar naturae animalis* ». Alv. Pel. I, a. 63 G : *diversi actus.* Occam (ci-dessus, note 86).

(93) La distinction entre l'organe et le simple membre est indiquée par Eng. Volk. III, c. 16 (*pars civitatis et pars regni*). Comp. aussi Marsil. Pat. I c. 5 (ci-dessus note 88).

quelque Force unique, d'un *summum movens* par lequel les forces inférieures sont animées, contrôlées et réglées. On arrive ainsi à cette proposition que tout corps social a besoin d'une partie dirigeante (*pars principans*), qu'on peut imaginer être la tête, ou le cœur, ou l'âme de ce corps (94). Souvent, de cette comparaison du Souverain avec la tête, on conclut immédiatement que la Monarchie est dans l'ordre de la nature, puisqu'il ne peut y avoir qu'une seule tête (95); on en conclut même assez fréquemment que le corps entier et chacun de ses membres seraient privés de vie s'ils n'étaient pas rattachés à leur chef légitime (96). Cependant,ces erreurs sont formellement repoussées par d'autres auteurs, et ceux-ci font valoir que, quelles que soient les ressemblances, il subsiste des différences entre le corps mystique et le corps naturel (97).

(94) Thom. Aquin. *Summa Theol.* I qu. 96 a. 4 : *quandoque multa ordinantur ad unum, semper invenitur unum ut principale et dirigens*; *Summa contra gentil.* IV qu. 76. Ptol. Luc. IV c. 23 : il faut que pour diriger tous les mouvements des membres il y ait un *primum movens*, auquel peut s'ajouter « *in qualibet parte corporis operatio propria primis motibus correspondens et in alterutrum subministrans* ». De même Dante. Comp. Aegid. Col. *loc. cit.* III, 2. c. 34 (le roi est à l'État ce que l'âme est au corps). Marsil. Pat. I c. 17 : dans l'État, comme dans l'*animal bene compositum*, si l'on ne veut pas voir l'organisme « *aut in contraria ferri aut omnino quiescere* », il faut qu'il y ait un *primum principium et movens*; c'est le rôle que tient la *pars principans*. Joh. Paris. c. 1 : *quemadmodum corpus hominis et cujuslibet animalis deflueret, nisi esset aliqua vis regitiva communis in corpore ad omnium membrorum commune bonum intendens*, de même toute multitude humaine a besoin d'une force unificatrice et dirigeante. Ces mots se retrouvent presque littéralement dans Petr. de Andlo I. c. 3; il ajoute que parmi les *summi moventes* il faut qu'il y en ait *unus supremus* (l'Empereur), par rapport auquel les membres qui reçoivent l'impulsion des autres *moventes* sont des *membra de membro*.

(95) Voir ci-dessus, note 67 et suivantes.

(96) Cet argument est toujours employé par les partisans du Pape pour soutenir leur principe, que l'Église ne peut pas subsister sans le Pape, et que personne ne peut appartenir à l'Église sans se rattacher au Pape; comp. par exemple Alv. Pel. I, a. 7, 13, 24, 28, 36, 38; Card. Alex. D. 15 *summa*.

(97) On fait valoir que l'unité peut exister même s'il y a plusieurs souverains, que dans le principat il faut distinguer l'institution perma-

Création des organismes sociaux. — Cette comparaison est encore reprise par les théoriciens du Moyen Age quand ils ont à traiter de l'origine des groupements ecclésiastiques et politiques. Seulement, en vertu de leur conception générale de l'univers, ils ne peuvent croire que la groupe ait été réellement constitué par une évolution et une croissance naturelle, et ils ont toujours recours à l'idée de la création. Ainsi, suivant eux, il faut d'abord, à l'origine de toute société humaine, un acte de création de la volonté divine, soit que celle-ci agisse directement comme elle le fait pour l'Eglise, en formant et animant le Corps mystique, soit qu'elle agisse par l'intermédiaire de quelque instinct naturel qui pousse les parties à se réunir dans un Tout. Mais ces théoriciens admettent également, d'une façon plus ou moins explicite, que la volonté de l'homme a un rôle créateur, car c'est à la Raison humaine qu'ils assignent la tâche de constituer l'Etat, sur le modèle de l'organisation qui est proposée par la Nature (98). Marsile de Padoue, en particulier, cherche longuement à expliquer comment l'organisme social est le produit de la Raison, qui est immanente dans

nente et les personnes qui en sont momentanément dépositaires, que le Corps mystique peut subsister quelque temps sans tête, et que c'est le cas de l'Église, qui a toujours un chef supraterrestre, le Christ. C'est ainsi qu'Occam, *Dial.* I, 5, c. 13 et 24, soutient que l'Église peut subsister même après s'être détachée de l'*ecclesia Romana*, car, fait-il remarquer : « *licet quantum ad multa sit similitudo inter corpus Christi mysticum, quod est ecclesia, et corpus materiale hominis, non tamen est quantum ad omnia simile* ». De même Pierre d'Ailly dans Gerson, Opera, I, 692 et II, 112; Gerson, *De aufer.* pap. II, 20 et suiv.; Randuf, *De mod. un.* c. 2, *ib.* 163; Nicol. Cus., I, c. 14 et 17.

(98) Comp. Thom. Aq. Comment. ad Polit. p. 366 (*ratio... constituens civitatem*). D'après sa doctrine, la constitution de l'Église est une œuvre divine (*Summa adv. gentil.* IV, c. 76), tandis que la création de l'État est la tâche de la royauté, qui suit en cela l'exemple de la création du monde par Dieu et de la création de l'âme par le corps (*De reg. princ.* I. c. 13). Ptol. Luc. IV, c. 23. Aegid. Rom. *De reg. princ.* III, 1, c. 1, et III. 2, c. 32. Eng. Volk. *De ortu*, c. 1 (*ratio imitata naturam*). Aen. Sylv., c, 1, 2, 4. Pour plus de détails, voir ci-dessous, note 303.

toute communauté, et qui suit consciemment l'exemple des forces créatrices de la Nature (99).

La théorie n'arrive pas à concevoir la personnalité de l'Église et de l'État. — Mais, bien que la théorie du Moyen Age affirme énergiquement que les groupes humains sont des organismes il n'en est pas moins vrai qu'elle s'arrête avant d'atteindre le but suprême qui lui eût permis de formuler cette idée en termes juridiques. Au Moyen Age, pas plus que dans l'Antiquité, le concept de l'organisme social ne réussit à s'exprimer sous une forme légale, dans l'idée que tout groupe unitaire a une Personnalité propre, et pourtant, c'est seulement sous cette forme que ce concept peut servir à une construction juridique. Voilà pourquoi la théorie du Moyen Age, malgré l'analogie constante qu'elle établit entre l'État et un organisme vivant, arrive à peine à dissimuler, et encore bien moins à empêcher, les progrès continus d'une autre façon de penser, qui considère l'État comme un simple mécanisme formé d'atomes.

(99) Mars. Pat. I c. 15. Dans l'organisme naturel la Nature (*causa movens*), forme en premier lieu le cœur, c'est-à-dire la plus indispensable des parties du corps, et lui donne la chaleur, qui est sa force propre; grâce à celle-ci, et par l'action de cet organe, toutes les autres parties sont d'abord constituées, séparées, différenciées et reliées, et ensuite conservées, protégées et réparées au fur et à mesure. D'autre part, le principe créateur (*principium factivum*) de l'État est d'origine rationnelle : c'est l' « *anima universitatis vel ejus valentioris partis* ». Celle-ci, suivant le modèle de la nature, forme en premier lieu le principat, qui correspond au cœur en ce qu'il est la *pars prima, perfectior et nobilior*; elle lui donne ensuite un pouvoir actif, comparable à la chaleur vitale, c'est l'*auctoritas judicandi, praecipiendi et exequendi*, grâce à laquelle le principat obtient l'*activa potentia seu auctoritas instituendi reliquas partes civitatis*. Mais, de même que le cœur ne peut travailler que dans la *forma seu virtus* qui a été déterminée par la Nature, de même le prince doit régler sa conduite d'après la loi qu'il a reçue. C'est conformément à cette loi que le prince doit instituer les différentes parties de l'État, créer les *officia* dont elles ont besoin, les récompenser ou les punir, assurer leur conservation, leur progrès aussi bien au point de vue individuel qu'au point de vue collectif, et empêcher les conflits de se produire entre elles. Même quand la vie de l'État a atteint son plein développement, le pouvoir exécutif ne peut pas plus que le cœur, s'arrêter un instant sans qu'il en résulte un péril.

A vrai dire, cette façon de penser est implicitement contenue dans la théorie du Moyen Age. Mais nous reviendrons plus tard sur ce sujet.

V. — L'IDÉE DE LA MONARCHIE.

Préférence du Moyen Age pour la Monarchie. — Tournons-nous maintenant vers cette idée de la Monarchie, qui domine toutes les façons de penser propres au Moyen Age, et qui est intimement liée aux notions fondamentales que nous venons d'exposer. A travers tout le Moyen Age, la théorie politique, avec une souplesse et une continuité remarquables, manifeste ses préférences pour la monarchie; elle se montre ainsi en complète opposition avec la philosophie de l'Antiquité.

Dieu considéré comme le Monarque. — Le Moyen Age considère l'Univers lui-même comme formant un seul royaume dont Dieu est le Monarque. Dieu est donc le véritable Monarque, le chef unique et le principe agissant de cette société ecclésiastique et politique qui comprend toute l'Humanité (100). Toute puissance (*Herrschaft*) terrestre représente en petit la puissance divine qui s'étend sur l'Univers. Toute puissance humaine émane de la puissance divine, dans laquelle elle trouve sa règle et son but. De Dieu procède l'établissement de l'autorité (*Obrigkeit*) spirituelle et de l'autorité temporelle en tant qu'institutions permanentes. Si les champions de l'Église ont commencé par contester

(100) Thom. Aq. *Summa Theol.* II, 1 qu. 91, a. 1 : *tota communitas universi gubernatur ratione divina*; c'est pourquoi l'*ipsa ratio gubernationis rerum* qui existe en Dieu, *sicut in principe universitatis*, a le caractère d'une loi éternelle. Comp. *ibid.* I, qu. 103 (bien que, d'après l'a. 6 : « *Deus gubernat quaedam mediantibus aliis* ») et II, 1, qu. 93, a. 3; *Summa contra gentil.* III, qu. 76-77. Dante I c. 7 et III, c. 16 (c'est de Dieu qu'émane la *dispositio mundi*). Cf. ci-dessus, notes 7, 8, 11, 44, 67, 71.

ce principe en ce qui concerne le pouvoir temporel, cependant, avec le temps, même les plus avancés d'entre eux se sont montrés disposés à reconnaître que l'État procède de Dieu, tout au moins d'une manière indirecte (101). Mais c'est directement de Dieu que l'État tient son pouvoir, répondent les avocats du gouvernement séculier, et ils attachent la plus grande importance à prouver cette proposition (102). C'est de Dieu que chacun des détenteurs de l'autorité souveraine tient sa fonction et sa toute puissance. En effet, soit directement, soit indirectement, tous les pouvoirs viennent de Dieu, qui emploie, comme de simples instruments, les électeurs ou les autres constituants. Puisque c'est directement de Dieu que le Vicaire Spirituel tient son office (103), il en est de même pour l'Empereur, disent les partisans de celui-ci, car

(101) Comp. ci-dessus note 15. Joh. Saresb. Polycr. IV c. 1 p.p 208-209 et VI c. 25, pp. 391-395, est des plus ardents à défendre l'origine divine, du pouvoir séculier. Ptol. Luc. III, c. 1-8, donne une démonstration détaillée de la proposition « *omne dominium est a Deo* » : il en est ainsi *ratione entis* (car l'*ens primum* est le *principium*), *ratione motus* (car le *primum immobile movens* influe sur tous les autres *moventia*), et *ratione finis* (car c'est Dieu qui doit être l'*ultimus finis* de tous les projets du gouvernement); le *dominium tyrannicum* lui-même vient de Dieu, qui l'admet comme un instrument de châtiment, mais qui n'en punit pas moins les tyrans. Alv. Pel. I, a. 8 et 41 C.-K, répète cette démonstration,mais ajoute qu'elle n'empêche pas que l'État n'ait sa source dans le péché; il établit une distinction (I, a. 36 B) : *materialiter et inchoative*, le pouvoir temporel procède de l'instinct naturel, et par conséquent de Dieu : *perfecte et formaliter* ce pouvoir tient son essence du pouvoir spirituel, qui « *a Deo speciali modo derivatur* ».

(102) Voir ci-dessus, notes 38, 40, 44 et surtout, en ce qui concerne l'Empire Romain, les notes 53 à 55.

(103) Alv. Pel. I a. 12, 13 U et X, 18. Aug. Triumph. I qu. 1, a. 1; a. 5 : « plus spécialement » qu'aucun autre, le pouvoir pontifical vient de Dieu, qui intervient directement dans l'élection, le gouvernement et la protection; qu. 2, a. 1 : Dieu n'engendre pas chaque pape directement, comme il l'a fait pour Adam, Eve et le Christ, mais *mediante homine*, comme il le fait pour tous les autres hommes; a. 7 : le collège électoral n'a que la *designatio personae*, car c'est du Christ que viennent *auctoritas et officium*, c'est-à-dire *quid formale in papatu*; qu. 4 a. 3. Petr. de Andlo, I. c. 2.

il est le Vicaire Temporel de Dieu (104). L'Église fait alors valoir qu'elle sert d'intermédiaire entre Dieu et l'Humanité. C'est par l'intermédiaire de l'Église, dit-elle expressément, que Dieu confère la dignité impériale et toutes les autres fonctions souveraines (105). Et ainsi c'est à Dieu qu'on ramène indirectement, non seulement le droit souverain du monarque absolu, mais encore toute espèce de magistrature, puisque les droits délégués par les détenteurs du pouvoir suprême peuvent toujours, en dernière analyse, être considérés comme émanant de l'action de la volonté divine sur la marche de l'univers (106).

(104) Comp. ci-dessus note 40. L'ancienne doctrine, qui a déjà cours à l'époque carolingienne, et suivant laquelle l'Empereur est *vicarius Dei*, est attaquée pour la première fois au moment de la querelle des Investitures; elle est défendue notamment par P. Crassus, p. 44, Wenrich (Martène, Thes. Nov. Anecd. I. p. 220) et par les Empereurs et les écrivains de l'époque des Hohenstaufen. Comp. Dante III, c. 16 : *solus eligit Deus, solus ipse confirmat*; les Électeurs sont en réalité simplement des *denuntiatores divinae providentiae* (bien que parfois, aveuglés par la *cupiditas*, ils méconnaissent la volonté divine); *sic ergo patet, quod auctoritas temporalis monarchiae sine ullo medio in ipsum de fonte universalis auctoritatis descendit; qui quidem fons, in arce suae simplicitatis unitus, in multiplices alveos influit ex abundantia bonitatis*. Bartol. prooem. D. nº 14 : *Deus... causa efficiens*. Ant. Ros. I c. 47-48 et 56 : les Électeurs, le Pape (en tant qu'il peut agir), et le Peuple sont seulement des *organa Dei*, de sorte que l'Empire existe *immediate a Deo*. Gerson IV, p. 586. — Comp. Occam, *Octo* qu. II, c. 1-5 et IV c. 8-9 et *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 18 et suiv. où l'on distingue trois nuances de cette doctrine, car nous pouvons admettre : 1) un don direct de Dieu, ou 2) un don *ministerio creaturae*, c'est-à-dire par l'intermédiaire des Électeurs (dont l'action peut être comparée à celle du prêtre dans le baptême, ou à celle du patron dans la transmission d'un office), ou 3) une différence entre l'ancien Empire païen, purement humain, et l'Empire moderne, qui a été légitimé par le Christ.

(105) Joh. Saresb. V. c. 6 : *mediante sacerdotio*. Aug. Triumph. I, q. 1, a. 1, II, qu. 35, a. 1, qu. 36, a. 4 (*mediante papa*), qu. 45, a. 1, Alv. Pel. I. a, 37 D. et D d, 41, 56, 59 E (*a Deo... mediante institutione humana.*) Panorm. v. ci-dessus note 22. Petr. de Andlo, II, c. 9 : *imperium a Deo... per subalternam emanationem*. De même, dans la *Quaestio in utramque part.* (a. 5), et dans le *Somn. Virid.* (I. c. 88, 180-181), la discussion porte uniquement sur ce point : est-ce directement ou indirectement que les rois sont les ministres de Dieu?

(106) Voir Dante, *loc. cit.* Petr. de Andlo I. c. 2 : *regimen mundi a summo rerum principe Deo ejusque divina dependet voluntate*; par Lui le Pape est institué Son Vicaire, duquel procède l'*imperialis auctoritas*; et

Le droit divin du Monarque. — Comme on l'a vu plus haut, l'organisation de l'univers doit servir de modèle à l'organisation de chacune de ses subdivisions; de ce principe découle la constitution monarchique des groupes ecclésiastiques et politiques. Aussi les théoriciens du Moyen Age sont-ils à peu près unanimes à déclarer que la monarchie est la meilleure des formes de constitution. Ils croient retrouver cet ordre monarchique partout, dans les détails du règne animal ou du règne minéral aussi bien que dans l'organisation générale de l'univers, et ils en concluent que cet ordre est le meilleur qu'on puisse appliquer à l'Église et à l'État. Ils cherchent à compléter cette démonstration par quelques considérations d'ordre historique ou d'ordre pratique. Et surtout ils s'appuient sur des raisonnements philosophiques concernant l'essence de toutes les communautés humaines. Les déductions tirées de ce point de vue se ramènent toutes aux propositions suivantes : l'Unité est le principe de l'organisation sociale; pour représenter cette Unité, il faut que la direction de l'organisme soit confiée à une de ses parties; or, cette tâche ne pourra être mieux remplie que si la partie dirigeante est par elle-même une Unité (*per se unum*), c'est-à-dire un monarque (107). Dante exprime encore cette pensée avec plus

enfin de celle-ci « *cetera regna, ducatus, principatus et dominia mundi subalterna quadam emanatione defluxerunt* »; de même II, c. 9. — Tengler, *Laienspiegel*, f°s 14 v°, 17, 56.

(107) Thom. Aq. *De reg. princ.*, I, c. 2 : *manifestum est quod unitatem magis efficere potest quod est per se unum quam plures*; et c. 5; *Summa Theol.* II, I, qu. 105, a. I; II, 2, qu. 10, a. 11; *Summa contra gentil.* IV, 76 : *optimum autem regimen multitudinis est ut regatur per unum*; *quod patet ex fine regiminis, qui est pax : pax enim et unitas subditorum est finis regentis*; *unitatis autem congruentior causa est unus quam multi*; *Comm. ad Polit.* pp. 489 et 507. Aegid. Rom. *De reg. princ.* III, 2 c. 3 Dante I, c. 5-9 et les arguments pratiques dans c. 10-14. Joh. Paris. c. 1. Alv. Pel. 1 a. 40 D et 62 C. Occam *Octo* qu. III c. 1 et 3; *Dial* III. tr. 1, lib. 2, c. 1, 6, 8, 9-11. *Somn. Virid.* I, c. 187. Gerson IV, 585 (*ad totius universi gubernationis exemplum, quae fit per unum Deum supremum*). Nicol. Cus. III, praef. Laelius dans Gold. II, pp. 1595 et suiv. Anton. Ros. II, c. 5-7. Petrus de Andlo, I, c. 8. Patric. Sen. *De regno* I, 1 et 13,

de netteté et de profondeur, lorsqu'il montre que dans le corps politique c'est la volonté qui est le principe d'unification et que, pour représenter l'union des volontés (*unitas in voluntatibus*), il n'y a manifestement rien de mieux que la volonté d'un seul homme (*voluntas una domina et regulatrix*) (108).

La Monarchie dans l'Église et dans l'État. — De cette supériorité de la monarchie on déduit que dans l'Église, dont la constitution émane directement de Dieu lui-même, le régime monarchique existe nécessairement en vertu du droit divin, car Dieu, pour Son Église, ne pouvait vouloir que la meilleure des constitutions (109). De même, la doctrine qui enseigne que l'Empire a été voulu par Dieu conduit à admettre que la Monarchie universelle de l'Empereur est d'institution divine (110). Par suite, pour tous les membres de l'Église et de l'Empire, c'est-à-dire pour tous les groupes de l'Humanité,la forme monarchique semble être, au Moyen Age, la forme normale du gouvernement (111). Et même en ce qui con-

p. 59 (*unitas per imitationem ficta*). — Une pensée un peu différente et plus indépendante se trouve dans Eng. Volk. I, c. 11-12 : seule, à notre époque, la monarchie peut maintenir l'unité dans de vastes territoires et de grandes agglomérations humaines.

(108) Dante I, c. 15. De même Petr. de Andlo, I, c. 3 : l'ordre social repose sur la hiérarchie des volontés, de même que l'ordre naturel repose sur la hiérarchie des forces naturelles (*potentiae naturales*).

(109) Thom. Aq. *Summa contra gentil.* IV, qu. 76 : le *regimen ecclesiae* étant d'institution divine, doit être *optime ordinatum*, c'est- à-dire tel *ut unus toti ecclesiae praesit*. Alv. Pel. I a. 40 D et 54. Joh. Paris, c. 2. Occam *Dial.* III, tr. 1, l. 2, c. 1, 3-11, 18-19, 29; de même I, 5 c. 20-21. *Somn. Virid.* II, 6. 168-179. Ant. Ros. II, c. 1-7.

(110) Surtout Dante, lib. I.; au c. 6, il est démontré que l'*ordo totalis* doit être préféré à tout *ordo partialis*. Eng. Volk. *De ortu*, c. 14-15. Occam *Octo* qu. III, c. 1 et 3; *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 1 et 9. Aen. Sylv. c. 8. Ant. Ros. II, c. 6, Petr. de Andlo I, c. 8.

(111) Ci-dessus, note 107. Thom. Aq. *loc. cit.* : il en est de même pour tout *populus unius ecclesiae*. Comp. les explications qu'il donne (lib. IV Sent. d. 17, qu. 3, a. 3, sol. 5, ad 5) sur le rôle du pape, de l'évêque et du curé, en tant que chefs monarchiques institués par la volonté divine, *super eandem plebem immediate constituti*. Dante, I c. 6. Petr. de Andlo,

cerne les corporations, la théorie alors admise suppose tout au moins tacitement, quand elle ne l'exige pas expressément, que chaque corporation ait cette forme monarchique.

Comparaison des formes de gouvernement. — Mais, ici encore, un germe de dissolution s'introduit dans la doctrine du Moyen Age dès qu'elle cherche à s'appuyer sur la philosophie antique. En effet, si en faveur de la supériorité de la monarchie on croit pouvoir invoquer Aristote, on emprunte en même temps à celui-ci sa théorie des constitutions républicaines, de leurs conditions et de leurs avantages (112). Or, le droit divin de la monarchie est menacé dès qu'on institue des comparaisons de ce genre. Et, dès lors, on entend souvent exprimer l'opinion qu'aucune forme de gouvernement n'est plus divine qu'une autre, que les avantages de la monarchie sont relatifs,non absolus, et qu'il peut y avoir des époques et des circonstances auxquelles des constitutions républicaines seraient mieux appropriées (113). Toutes les fois qu'on conteste à l'Empereur son *imperium mundi*, on sape en même temps les fondements de la théorie monarchique du Moyen Age, et on va jusqu'à admettre que l'État qui comprend toute l'Humanité puisse être conçu, non comme une monarchie, mais comme une Aristocratie de

I. c. 8. Et surtout, en ce qui concerne la structure des cinq corps mystiques, Ant. Ros. II, c. 6 (ci-dessus note 64).

(112) Thom. Aq. *De reg. princ.* I, c. 4. Eng. Volk. *De reg. princ.* I, c. 12-16. Petr. de Andlo, I. c. 8. Ant. Ros. II, c. 4 (pour la contre-partie, c. 7, pp. 314-319).

(113) Ptol. Luc. II, c. 8 et IV, c. 8, va jusqu'à affirmer que,si l'on se trouvait dans le *status integer* de la nature humaine, c'est le *regimen politicum* qui devrait être préféré, et que, même dans l'état corrompu où se trouve présentement la nature humaine, c'est la *dispositio gentis* qui doit décider du choix d'une constitution; par exemple, l'intrépidité naturelle des Italiens ne leur permet de choisir qu'entre la république et la tyrannie. Eng. Volk. I, c. 16. Occam, *Octo* qu. III, c. 3 et 7 (changements déterminés par la *congruentia temporum*); *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 5.

Souverains (114). Même en ce qui concerne l'Église, le doute n'épargne pas la doctrine suivant laquelle la monarchie est nécessaire et d'institution divine (115). Nous voyons souvent les humanistes exprimer sans détour leur préférence pour la forme des républiques antiques (116). Dès le quatorzième siècle, on affirme nettement que de l'*argumentum unitatis* ne découle pas nécessairement la supériorité de la monarchie, puisque l'*unitas principatus* est possible et même nécessaire dans la république (117). On s'habitue donc à se représenter l'Assemblée souveraine d'une république comme formant un homme collectif, qui, conformément à la théorie antique, diffère tellement de la masse de ses sujets (118), que l'État républicain et l'État monarchique peuvent être placés sous la même rubrique.

(114) Occam, *Octo* qu. III, c. 3, 6, 8, et *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 1, 4, 9, 13 : il est possible que la forme du gouvernement qui convient le mieux à une partie ne soit pas celle qui convient le mieux au tout.

(115) Occam, *Dial.* III, tr. 1, lib. 2, c. 2, 12-14, 16-17, 25, 30. Même avec une constitution aristocratique, il est possible de maintenir l'unité (*pluralitas pontificum non scindit unitatem ecclesiae*), et ce qui est bon pour le *totum* et le *magnum* n'est pas toujours approprié à la *pars* et au *parvum*. L'idée que la Primatie est d'institution divine est expressément combattue par Marsile de Padoue, II, c. 15-22, III concl. 32 et 41, et par quelques-uns des pamphlétaires des Conciles (dont Randuf, *De mod. un. eccl.* c. 5), auxquels s'opposent Pierre d'Ailly, Gerson et Breviscoxa (Gers. op. I, p. 662, II, p. 88, et I. p. 872).

(116) Patrice de Sienne, dans une de ses œuvres (*De inst. reip.* I. 1), se déclare en faveur de la République; ailleurs (*De regno* I, 1), il donne ses préférences à la Monarchie, mais en insistant sur les différences qui existent entre les nations.

(117) Mars. Pat. I, c. 17 et III concl. 11 (même pour les États composés) Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 3, c. 17 et 22.

(118) Aegid. Rom. III, 2, c. 3 : *plures homines principantes quasi constituunt unum hominem multorum oculorum et multarum manuum*; mais le bon monarque qui s'associe de sages conseillers peut, lui aussi, devenir une sorte d'homme collectif; et en tout cas il réalise mieux l'unité que ces *plures homines principantes* « *in quantum tenent locum unius* ». Mars. Pat. I, c. 17 : ces *plures* doivent, « *quoad officium principatus* », former une unité, de sorte que chaque acte du gouvernement apparaisse comme « *una actio ex communi decreto atque consensu eorum aut valentioris partis secundum statutas leges in his* ». — De même Occam, *Dial.* III tr. 2, lib. 3, c. 17, qui ajoute que « *plures gerunt vicem unius et locum unius*

Situation du Monarque dans l'État. — La pensée médiévale et la pensée antique-moderne continuent à se mêler et à se combattre au sujet de la place que le monarque occupe dans l'État.

Dans la doctrine qui appartient en propre au Moyen Age, l'autorité (*Herrschaft*) s'identifie avec la fonction publique (*Amt*) qu'une personne exerce en exécution de la volonté divine. Cette doctrine, quelles que soient les références, d'ailleurs toutes superficielles, qu'on puisse lui chercher dans l'Antiquité, n'en représente pas moins manifestement l'idée germanique de l'autorité, idée qui a été vivifiée et approfondie par le Christianisme.

Apothéose du Monarque. — Il en résulte une tendance à élever la personne du Souverain. Celui-ci est considéré comme le détenteur personnel d'un pouvoir absolu dont l'origine lui est extérieure et supérieure. Ayant une sphère de pouvoir absolument indépendante, il se trouve placé en dehors et au-dessus de la communauté dont la direction lui est confiée (119). L'univers est toujours pris pour modèle, et la place que le monarque occupe dans l'État est comparée à la place que Dieu occupe dans le monde (120). Bien plus, on va jusqu'à reconnaître la quasi

tenent ». — Patric. Sen. *De inst. reip.* I, I et III, 3 : l'assemblée souveraine forme « *quasi unum hominem* » ou « *quasi unum corpus* » qui aurait un grand nombre de membres et de facultés; I, 5 : « *multitudo universa potestatem habet collecta in unum, ubi de republica sit agendum, dimissi autem singuli rem suam agunt.* »

(119) C'est ainsi que Dante, *Mon.* I, c. 6, voit dans le Souverain « *aliquod unum quod non est pars* ». Ainsi également Turrecremata (Torquemada) cherche à réfuter toute la théorie des Conciles en affirmant que le monarque, par définition, se trouve nécessairement placé au-dessus de la communauté, de même que Dieu au-dessus du monde et que le berger au-dessus de son troupeau : *Summa de pot. pap.* c. 26, 48, 83, 84; *De conc.* c. 29, 38, 44.

(120) Joh. Saresb. Polycr. IV, c. 1 : *est... princeps publica potestas et in terra quaedam divinae majestatis imago*; V. c. 25, pp. 391-395. Thom. Aq. *De reg.* I, c. 12-14 : le Souverain a pour attributions la formation de l'État (sur le modèle de la création divine de l'univers (c. 13), et le gou-

divinité du souverain en tant que Représentant de Dieu. On sait jusqu'où les partisans du pape s'avancent dans cette direction (121); leur zèle est égalé par celui que leurs adversaires déploient en faveur de l'Empereur et des rois (122).

La Monarchie considérée comme une fonction publique. — Mais, par opposition à cette exaltation de la personne du souverain, se manifeste énergiquement l'idée que l'autorité s'identifie avec la fonction publique. A ce point de vue, on considère que les relations du monarque avec la communauté comportent la réciprocité des droits et des devoirs. En effet, ces droits et ces devoirs politiques ont pour double « sujet » la communauté et le monarque, dont l'union est nécessaire pour la constitution de l'organisme total. De plus, dans cette communauté, entre chacun des individus et le souverain existe un véritable lien juridique imposant des obligations réciproques. La souveraineté n'est donc pas simplement un droit : elle est en premier lieu un devoir; elle est une mission semblable à celle de Dieu, et d'autant plus difficile à remplir; elle est une fonction publique, un service

vernement de l'État (sur le modèle du gouvernement divin de l'univers (c. 14).

(121) Gl. au c. 17, Sexto I, 6. v. *homini* : *in hoc parte non est homo sed Dei vicarius*. Gl. au prooem. CI, v. *papa* : *nec Deus nec homo*. Petr. Blesensis ep. 141. Aug. Triumph. I qu. 6, a. 1-3 (identité du jugement de Dieu et de celui du Pape, de sorte qu'on ne peut en appeler de celui-ci à Dieu); qu. 8 a. 1-3, qu. 9, qu. 18. Alv. Pel. I a. 13 (*non homo simpliciter. sed Deus, i. e. Dei vicarius*), 37 y (*Deus quodammodo, quia vicarius*), 12 (*unum est consistorium et tribunal Christi et papae in terris*). Bald. au l. ult. C. 7,50. Ludov. Rom. cons. 345 nos 6-8. Zenzelinus au c. 4, Extrav. Joh. XXII, no 14. Bertach. v. *papa*.

(122) Déjà sous les Hohenstaufen on rencontre maintes fois une véritable apothéose de l'Empereur (v. par exemple Petr. de Vin. ep. II c. 7 et III, c. 44). Cp. Bald. I cons. 228 no 7 : *imperator est dominus totius mundi et Deus in terra*; cons. 373 no 2 : *princeps est Deus in terris*. Joh. de Platea lib. 2 C. II, 9 no 1 : *sicut Deus adoratur in cœlis, ita princeps adoratur in terris*; mais cela n'a lieu qu'*improprie*. Theod. a Niem, p. 786 : à l'Empereur est due une « *devotio tanquam praesenti et corporali Deo* ». Aen. Sylv. c. 23 : *dominus mundi, Dei vicem in temporalibus gerens*. Jason, II, cons. 177, no 11 : *princeps mundi et corporalis mundi Deus*.

qu'il faut rendre au corps social (123). Le souverain est créé dans l'intérêt du peuple, et non le peuple dans l'intérêt du souverain (124). Le pouvoir du souverain n'est donc pas absolu, mais restreint aux limites qui lui ont été fixées. Il a pour tâche d'assurer les progrès du bien commun, de la paix, de la justice, et d'étendre le plus possible la liberté de tous ses sujets (125). Chaque fois qu'il va à l'encontre de ces devoirs ou qu'il franchit les limites qui lui sont assignées, le pouvoir légitime dégé-

(123) Dès les conciles de Paris et de Worms de 829 (Const. Worm. *Mon. Germ. Leg.* I, pp. 346 et suiv.), nous trouvons exposée en détail la doctrine suivant laquelle, la royauté étant un « *ministerium a Deo commissum* », le titre de roi s'entend « *a recte agendo* », mais peut être changé en celui de tyran. De même Concil. Aquisgran. II, a. 836 et Concil. Mogunt. a. 888 (Mansi Tom. XIV, pp. 671 et suiv. et XVIII, p. 62; cf. Hefele IV, pp. 91 et suiv. et 546 et suiv.) Hincmar, *Opusc. de divortio Lotharii*, op. I,693. Manegold v. Lautenbach, *loc. cit.* emploie le terme « *vocabulum officii* ». Joh. Saresb. IV. c. 1 (*minister populi*), c. 2 (*publicae utilitatis minister*), c. 3, c. 5. Hugo Floriac. I, c. 4, 6, 7 : *ministerium, officium regis*. Thom. Aquin, *De reg. princ.* I, c. 14. Alv. Pel. I, a. 62, I. Ptol. t. l. Luc. II, c. 5-16. Dante, 1, c. 12 : les princes sont « *respectu viae domini, respectu termini ministri aliorum* », et à ce point de vue l'Empereur est « *minister omnium* ». Engelb. Volk. tr. II-VII. Gerson IV, p. 597. Ant. Ros. I. c. 64 : « *officium publicum* », comparable à celui d'un tuteur. Petrus de Andlo I, c. 3, II, c. 16-18.

(124) Voir surtout Joh. Saresb. IV, c. 1-3 et 5. Thom. Aquin. *De reg. Jud.* qu. 6 : *Principes terrarum sunt a Deo instituti, non quidem ut propria lucra quaerant, sed ut communem utilitatem procurent*; *Comm. ad Polit.* p. 586. Ptol. Luc. III, c. 11 : *regnum non est propter regem, sed rex propter regnum.* Engelb. Volk. *De reg. princ.* V. c. 9 : *sicut tutela pupillorum, ita et procuratio reipublicae inventa est ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, et non eorum, qui commissionem susceperunt*; II, c. 18, IV, c. 33-34. Dante I. c, 12 : *non enim cives propter consules nec gens propter regem, sed e converso consules propter cives et rex propter gentem.* Occam, *Octo* qu. III, c. 4 et I, c. 6. Paris de Puteo, *De syndicatu* p. 40, nº 21. Petrus de Andlo, I, c. 3.

(125) Conciles de Paris et de Worms en 829; gouverner le peuple selon la ustice et l'équité, maintenir la paix et la concorde. Petr. Bles. epist. 184, p. 476 : *ut recte definiant et decidant examine quod ad eos pervenerit quaestionum.* Dante : *Mon.* I, c. 12. Thom. Aquin, *Comm. ad Polit.*, pp. 592 et 595 et suiv. Eng. Volk. I, c. 10. Gerson III, p. 1474. Occam, *Octo* qu. III, c. 5, déclare que la *plenitudo potestatis* est incompatible avec la meilleure constitution, car celle-ci interdit de réduire les sujets en esclavage, puisqu'au contraire elle s'efforce d'étendre leur liberté; et ailleurs (VIII, c. 4), il exprime l'avis que les droits de l'Empereur sont moins étendus que ceux des autres princes, précisément parce qu'il convient que l'Empire ait la meilleure constitution.

nère en tyrannie (126). C'est pourquoi le Moyen Age ignore complètement la doctrine d'après laquelle les sujets auraient un devoir d'obéissance inconditionnelle. Il estime au contraire que le devoir d'obéir dépend de la légitimité de l'ordre donné. Il considère comme absolument intangible le principe qu'il faut obéir au commandement de Dieu plutôt qu'à n'importe quelle autorité de ce monde (127). Et même la véritable doctrine du Moyen Age dépasse de beaucoup la limite fixée par l'Écriture Sainte au devoir de l'obéissance; en effet, de bonne heure, beaucoup d'auteurs s'étaient arrêtés au texte de l'Écriture pour permettre, et même pour prescrire, de n'opposer au tyran que la résistance passive des martyrs (128). La doctrine médiévale, au contraire, commence par enseigner que tout ordre donné par le Souverain en excès de ses droits est nul et non avenu pour ses sujets et n'oblige personne à l'obéissance (129). Puis elle procla-

(126) Conciles de Paris et de Worms en 829. Concile de Mayence, en 888, c. 2. Nicolaus I epist. 4 ad Advent Metens. : *si jure principantur; alioquin potius tyranni credendi sunt, quam reges habendi.* Petr. Bles., *loc. cit.* : *Principatus nomen amittere promeretur, qui a justo judicii declinat tramite.* Hugo Flor. I c. 7-8. Joh. Saresb. VIII, c. 17-24. Thom. Aq. *De reg. princ.* I, c. 3-11. Ptol. Luc. III, c. 11. Vincent. Bellov. VII, c. 8. Eng. Volk. I. c, 6 et 18. Alv. Pel. I a. 62 D-H. Occam, *Dial.* III, tr. 1, lib. 2, c. 6 et suiv.; *Octo*, qu. III, c. 4. Gerson, *loc. cit.*, Paris de Puteo, *loc. cit.*, pp. 8-51.

(127) Ce principe n'a jamais été mis en doute. Voir par exemple Petr. Bles. ep. 131, p. 388. Thom. Aquin. *Summa Theol.* II, 1 qu. 96 a. 4 (*quia ad hoc ordo potestatis divinitus concessus se non extendit*), et II, 2 qu. 104 a. 5. Ce principe est aussi admis par les « Sommistes » (c'est-à-dire les compilateurs des *Summae Confessorum*, manuels rédigés à l'usage des confesseurs), par exemple Johannes Friburgensis, *Summa Confessorum*, lib. 2, tit. 5, qu. 204.

(128) Tel est Hugue de Fleury, qui prescrit de supporter le tyran et de prier pour lui, mais de refuser l'obéissance aux ordres qui enfreignent la loi divine, et d'accepter en martyr le châtiment et la mort; I. c. 4, pp. 17-22, c. 7, p. 31, c. 12, p. 44, II. p. 66. — De même Baldus, au lib. 5, *Dig.* 1, 1 nos 6-7, se déclare contraire à toute atteinte aux droits du souverain.

(129) Cf. Hugue de Saint-Victor, *Quaestio in epist. Paul.* qu. 300 (Migne tom. 175, p. 505) : « *Reges et principes, quibus est obediendum in omnibus, quae ad potestatem pertinent.* » Thom. Aquin, *Summa Theol.* II, 2 qu. 104 a. 5 ; c'est seulement dans des circonstances particulières, et pour éviter

me le droit de résister, même par les armes, aux mesures injustes et tyranniques, et elle déclare que si ces mesures sont imposées par voie de contrainte, il faut y voir de simples actes de violence. Elle va même jusqu'à justifier ou tout au moins jusqu'à excuser le tyrannicide, bien qu'elle soit contredite sur ce point par certains auteurs chez lesquels le sentiment du droit est particulièrement profond (130).

L'idée de la Souveraineté. — Cependant, auprès de cette idée, essentiellement médiévale, de la fonction du souverain, commence à se manifester dès le douzième

un scandale et un danger, que le chrétien doit obéir aux ordres d'un usurpateur, ou même aux ordres injustes du souverain légitime. De même Vincent. Bellov. X c. 87 et Joh. Friburg. *loc. cit.* (nº 127). Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 20 : tous les hommes doivent à l'Empereur une obéissance immédiate, mais conditionnelle, c'est-à-dire seulement « *in licitis* » et « *in his quae spectant ad regimen populi temporalis* », de sorte que, par exemple, l'interdiction de boire du vin n'aurait aucune force obligatoire; cf. c. 26 et 28. Nic. Cus. III, c. 5. Decius cons. 72, nº 2 : *superiori non est obediendum, quando egreditur fines sui officii.*

(130) Manegold de Lautenbach (cf. *Sitzungsberichte der bairisch. Akad.* an. 1868, II, 325) enseigne déjà que le roi qui est devenu un tyran doit être chassé comme un berger infidèle. Des doctrines révolutionnaires de ce genre ont été fréquemment exposées, par les partisans du Pape, contre les détenteurs de la puissance de l'État. Jean de Salisbury recommande avec insistance le meurtre du tyran « *qui violenta dominatione populum opprimit* », la tyrannie n'étant pas autre chose qu' « un abus du pouvoir qui a été concédé par Dieu à un homme ». Il s'appuie sur des exemples pris dans la Bible et dans l'antiquité, et n'interdit que l'empoisonnement, la félonie, et le parjure; Polycr. III c. 15, IV c. 1, VI c. 24-28, VIII c. 17-20. Thomas d'Aquin, hostile au tyrannicide, approuve au contraire la résistance active contre le *regimen tyrannicum*; le fait d'abolir ce *regimen non justum* ne constitue pas une *seditio*, sauf si les circonstances de cette abolition sont plus nuisibles que ne le serait la soumission à cette tyrannie; *Summa Theol.* II, 2 qu. 42 a. 2 ad 3, qu. 69 a. 4; *De reg. princ.* I c. 6; *Comm. ad Polit*, p. 553. De même Aegid. Rom. *De reg. princ.* I, c. 6. La doctrine de la résistance active se trouve entièrement développée dans Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 26 et 28 (d'après le *jus gentium*). *Somn. Virid.* I, c. 141. Henr. de Langenstein, *Cons. pacis*, c. 15. Gerson, IV 600 et 624. Decius, Cons. 690, nº 13. Bened. Capra, Reg. 10, nº 42 (l'exécution d'une mesure tyrannique est un acte de violence auquel on peut résister par la violence). Henricus de Pyro, *super Institutis* (cf. Stintzing, *Popul. Litt.* p. 53, *Gesch. der Deutsch. Rechtswiss*, I, 29) : I, 2 § 1 : *judici et ministris principum licet resistere de facto, quando ipsi sine jure procedunt.* — Pour la thèse de Jean Petit, qui le 8 mars 1408, fit l'apologie du tyran-

siècle une doctrine de la souveraineté qui, sous sa forme monarchique, attribue au monarque une toute-puissance absolue. Cette toute-puissance, qui s'impose à l'esprit sans explication, est inaliénable, indivisible et imprescriptible ; tous les pouvoirs inférieurs en dérivent, c'est-à-dire qu'ils en sont de simples délégations. Mais, pendant tout le Moyen Age, cette idée de la souveraineté, même chez ses partisans les plus déterminés, reste liée à l'idée d'une fonction que le monarque a à remplir. L'apparition de cette doctrine de la souveraineté provoque même une opposition toujours croissante, qui, par réaction, insiste de plus en plus sur les droits de la communauté, et qui arrive enfin à la doctrine de la souveraineté du peuple.

La Souveraineté du Pape. — C'est dans l'Église que l'idée de l'omnipotence monarchique s'exprime pour la première fois, sous la forme de la *plenitudo potestatis* qui est attribuée au Pape (131). Cependant le parti de l'absolutisme dans l'Église ne parvient pas à effacer entièrement l'idée que le pouvoir suprême a des limites, et que

nicide (Gerson, op. V, pp. 15-42), l'opposition de Gerson (op. IV, 657-680) et la condamnation conditionnelle de cette thèse par le Concile de Constance (sess. XV du 6 juillet 1415), voir Schwab, *Gerson*, pp, 609-646. — Wyclif (*artic. damn.* 15 et 17) et Hus (art. 30), déclarent que le souverain qui se trouve en état de péché mortel n'est pas un véritable souverain.

(131) Bien qu'on en trouve déjà le principe dans Grégoire VII (lib. I ep. 55 *a*, a. 1075), la *plenitudo potestatis ecclesiasticae* — dont le Pape est investi par Dieu et dont tous les autres pouvoirs ecclésiastiques découlent tout en y restant compris — doit sa théorie et son nom principalement aux œuvres d'Innocent III : c. 13 X 4, 17; c. 23 X 5, 33; lib. 1 ep. 127 p. 116, lib. 7 ep. 1 et 405, pp. 279 et 405, lib. 9 ep. 82, 83 et 130, pp. 898, 901 et 947. Comp. Innoc. IV au c. 1 X 1, 7, c. 10 X 2, 2 c. 19 X 2, 27 nº 6. Durantis, Spec. I, 1 *de legato*, § 6 nºs 1-58. Thom. Aquin. lib. 4, Sent. d. 20, qu. 4, a. 3 ad 3, *quaestiunc.* 4 sol. 3 : *Papa habet plenitudinem potestatis pontificalis quasi rex in regno, episcopi vero assumuntur in partem sollicitudinis quasi judices singulis civitatibus praepositi*; lib. 2 dist. et quest. ult.; *Summa Theol.* II, 2 qu. 1 a. 10; *Opusc. contra error. Graec.* II, c. 34 et 38. Aegid. Rom. *De pot. eccl.* III, c. 9-12 (*tanta potestatis plenitudo, quod ejus posse est sine pondere, numero et mensura*). Petrus Paludanus dans Raynald a. 1328, nº 30. La doctrine atteint son point le plus élevé avec Augustinus Triumphus, I qu. 1, 8, 10-34, II qu. 48-75, et surtout avec Alvarius Pelagius, I a. 5-7, 11-12, 52-58

cet office a été institué en vue de servir le corps social (132). Et même, par réaction contre cette théorie monarchique ecclésiastique, on voit se créer un parti de plus en plus important. Ce parti, non seulement dénie au Pape tout pouvoir en matière temporelle, mais encore ne lui reconnaît qu'une *potestas limitata* en matière spirituelle, et fait valoir que le caractère essentiel de la monarchie est d'être une fonction publique (133). Ainsi les doctrines de l'obéissance conditionnelle, de la légitimité de la résistance à la tyrannie, et du recours suprême à la révolution, sont graduellement transportées dans le domaine de l'Église (134).

(*potestas sine numero, pondere et mensuro*, elle ne recontre pas d'exception, elle embrasse tout, elle est la base de tout pouvoir, elle est souveraine, illimitée et immédiate). Comp. Durantis, *De modo eccl. conc.* P. III; Turrecremata, *Summa de eccl.* II c. 54 et 65; Petrus a Monte, *De primatu* f. 144 et suiv.

(132) On reconnaît toujours les limites qu'imposent « *lex divina et lex naturalis, articuli fidei et sacramenta novae legis* »; comp. Alexandre III au c. 4 X 5, 19; Joh. Saresb. ep. 198 a. 1167, p. 218; Innocent III au c. 13 X 2, 13; Thom. Aquin. *Summa Theol*, II, 1 qu. 97 a. 4 ad 3; *Quodlib.* IV a. 13; Aug. Triumph. I qu. 22 a. 1; Alvar. Pel. I a. 7 et 46; comp. Occam, *Dial.* III, tr. 1, lib. 1, c. 1, et tr. 2, lib. 1, c. 23.

(133) Occam combat longuement l'opinion d'après laquelle le Pape aurait devant Dieu et devant les hommes la *plenitudo potestatis* en matière temporelle ou tout au moins en matière spirituelle; il en résulterait en effet une *servitus intolerabilis*, qui serait incompatible avec la liberté évangélique; en droit, sinon en fait, le Pape n'a qu'une *potestas limitata* : Occam, *Octo* qu. 1, c. 6, III. c. 4-5, *Dial.* III, tr. 1, lib. 1, c. 2-15, tr. 2, lib. 1, c. 23. Comp. Joh. Paris, c. 3 et 6; Marsil. Patav. II, c. 22-30; *Somn. Virid.* I. c. 156-161; Randuf, *De mod. un.* c. 5, 10, 23, 28; Greg. Heimb. II, p. 1604.

(134) Occam, *Octo* qu. 1, c. 15 et III, c. 9 : l'obéissance est due au Pape seulement « *in his quae necessaria sunt congregationi fidelium, salvis juribus et libertatibus aliorum* »; si le Pape sort de la sphère de sa compétence, chacun, qu'il soit prélat, empereur, roi, prince ou simple laïque, a le droit et même le devoir de résister, suivant les lieux, les époques et les circonstances. — Pendant le Grand Schisme se répand de plus en plus la doctrine de la légitimité de la résistance et de la révolte : cf. Matth. de Cracovia, Pierre du Mont de Saint Michel et d'autres Gallicans dans Hübler, *die Constanzer Reformation und die Konkordate von* 1418, pp. 366, 370-372, 373, 377, et p. 121, note 8; Gerson, *Trilogus*. II, pp. 83 et suiv.; Theod. a Niem, *De schism.* III, c. 20 (opposer la même résistance qu'à une *bestia*); Randuf, *De mod. un.* c. 9-10; Ant. Ros. II, c. 23, 27-30, III.

La Souveraineté de l'Empereur. — Dans le domaine temporel, l'idée monarchique prend également la forme absolutiste. En effet, sous les Hohenstaufen, les juristes commencent à réclamer pour l'Empereur la *plenitudo potestatis* d'un César romain, et à considérer l'absolutisme impérial comme l'idéal de la monarchie. Mais, là aussi, la théorie absolutiste du Moyen Age reconnaît invariablement les devoirs et les limites que le monarque doit observer, même quand il est élevé à la souveraineté absolue (135). Et dans ce domaine aussi se perpétue une opposition qui, en maintenant l'idée du service public auquel la monarchie est tenue, ne reconnaît à l'Empereur et aux autres princes qu'une *potestas limitata* et qu'un droit subordonné à l'accomplissement de leurs devoirs (136).

Les limites du pouvoir monarchique. — Ces principes restrictifs sont immanents dans l'idée que le Moyen Age se fait de la monarchie, mais le premier développement théorique leur est donné par la doctrine des droits de la communauté, qui s'opposent aux droits du monarque. Nous avons donc maintenant à étudier cette doctrine. Il nous restera ensuite à montrer que le Moyen Age entoure encore les pouvoirs publics de toutes sortes de barrières légales, qui, bien entendu, doivent être respectées par le monarque, même quand il réunit en lui tous les pouvoirs de l'État.

c. 4-6. Nicolas de Cusa (op. II, Op. 825-829), soutient encore cette doctrine après qu'il s'est séparé du parti conciliaire.

(135) Voir à ce sujet les chapitres suivants.

(136) Occam réfute longuement l'opinion d'après laquelle la *lex divina vel naturalis* serait la seule limite fixée au pouvoir impérial : au contraire, affirme-t-il, «*limitata est imperatoris potestas, ut quoad liberos sibi subjectos et res eorum solummodo illa potest quae prosunt ad communem utilitatem*»; *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 26-28 : pour les droits personnels, c. 20; pour les droits réels, c. 21-25. Gerson, IV, pp. 598, 601. Nic. Cus. III, c. 5. Voir ci-dessus les notes 126 à 130.

VI. — L'IDÉE DE LA SOUVERAINETÉ POPULAIRE

Développement de l'idée de la Souveraineté Populaire. — Un des traits distinctifs des théories politiques du Moyen Age, c'est que dans chaque groupe humain elles n'hésitent pas à reconnaître une communauté qui, dès son origine, est douée de droits actifs. En ce qui concerne la nature et l'étendue de ces droits, il y a des contestations entre les différents partis. Mais, ici aussi, nous voyons apparaître de plus en plus clairement l'antagonisme latent entre le tour d'esprit caractéristique du Moyen Age, dont l'influence est d'abord prédominante, et la façon de penser antique-moderne, dont le progrès est de plus en plus marqué. Ce que nous trouvons en premier lieu, c'est évidemment l'idée germanique de l'association ou du compagnonnage (*Genossenschaft*). De même qu'à cette époque des institutions basées sur l'association se développent à l'intérieur ou à côté des sociétés basées sur l'autorité (*Herrschaft*), de même l'idée germanique de l'association entre dans le domaine des discussions théoriques en même temps que l'idée germanique de l'autorité (dont nous avons plus haut exposé le principe). Mais d'autre part l'Antiquité exerce une certaine influence, grâce à des emprunts qui sont faits, soit au droit public et à la philosophie politique de l'ancien monde, soit à la théorie des corporations du droit romain et du droit canon, dans laquelle on puise volontiers. Et, sous cette influence de l'Antiquité, la théorie médiévale du droit de la communauté évolue graduellement, jusqu'à ce qu'elle apparaisse sous la forme de la théorie moderne de la souveraineté du peuple. Cependant étant donné que, dès le Moyen Age, l'idée de la souveraineté du peuple est associée de bien des manières à l'idée de la souveraineté du monarque, on peut, en les combinant de diverses façons, édifier en théorie les systèmes consti-

tutionnels les plus variés — depuis l'absolutisme fondé sur une aliénation que le peuple aurait faite de son pouvoir jusqu'à la souveraineté du peuple que consacre le régime républicain, en passant par la monarchie constitutionnelle.

1. *La souveraineté du peuple dans l'État.*

C'est à l'égard de la société laïque que l'idée du droit de la communauté a reçu sa première expression théorique.

La volonté du peuple et l'état de nature. — D'après une opinion ancienne et universellement répandue, la source du pouvoir temporel se trouvait dans la volonté du peuple. Cette opinion recevait l'appui de la doctrine de l'état de nature, telle qu'elle avait été formée par les Pères et propagée par l'Église. En effet, cette doctrine enseignait que le droit divin et le droit naturel étaient jadis d'accord pour prescrire la communauté des biens, la liberté et l'égalité : seule la déchéance consécutive au péché originel permit l'apparition de la propriété et de l'autorité temporelle (137). Par conséquent l'autorité du souverain n'avait pas d'autre base que la loi humaine. Lors de la

(137) Comp. ci-dessus, note 16. Placentinus, *De var. actionum* I, 4. *Summa Rolandi* C. 23 qu. 7. S. 96. Addition à la Glose au § 5. Inst. 2, 1, v. *publicus* (les *communia* sont les biens qui, en vertu du *jus naturale primaevum*, sont restés dans leur état primitif, c'est-à-dire qui sont communs à tout le monde). Johannes Nieder, *Tractatus de contractibus mercatorum*, (Tr. U. J. VI, 1 p. 279), tr. V. *Konrad Summenhart* v. *Calw* (mort 1502), *Septipartitum opus de contractibus*, Haguenau 1500, tr. 1, qu. 8-11. — Par contre Thom. Aquin. *Summa Theol.* I qu. 96 a. 4 et Ptol. Luc. *De reg. pr.* III, c. 9 et IV c. 2-3, enseignent que le *dominium politicum* aurait existé même dans l'état d'innocence, mais il n'y aurait pas eu de *dominium servile*. (Pour plus de détails sur la doctrine patristique, d'après laquelle la souveraineté et la propriété seraient des conséquences de la chute de l'homme, voir les œuvres de Saint Augustin; d'autres Pères sont également cités par Hergenröther, *Katholische Kirche und christlicher Staat*, Fribourg 1872, p. 461.)

Querelle des Investitures, l'Église tira de ces prémisses la conclusion que ce pouvoir temporel, étant d'institution humaine, devait être soumis au *Sacerdotium* dont Dieu lui-même était le fondateur. Cependant les partisans du pouvoir temporel, tout en respectant l'ancienne doctrine de la souveraineté du peuple, voulaient empêcher qu'on en tirât des conclusions défavorables pour l'État. Et, par réaction contre la doctrine qui affirmait plus ou moins nettement le caractère usurpatoire et illégitime de l'autorité temporelle, se développa la théorie qui donnait à l'État une base juridique, celle d'un contrat de soumission volontairement accepté par le peuple (138). Cette doctrine s'étayait sur de nombreuses réminiscences de l'histoire du droit germanique, et sur la forme contractuelle que des accords entre les princes et les États (*Stände*) avaient donnée à beaucoup de relations du droit public. On croyait aussi pouvoir invoquer l'autorité de l'Écriture Sainte, qui parle (II. Reg., v. 3) d'un contrat passé à Hébron entre David et les tribus d'Israël. On y ajoutait enfin un principe juridique tiré du *jus gentium*, d'après lequel tout peuple libre peut placer un *Superior* au-dessus de lui (139). Et d'autre part, on s'ef-

(138) Déjà pendant la Querelle des Investitures Manegold de Lautenbach (v. ci-dessus note 130) posait la question suivante : « *Nonne clarum est, merito illum a concessa dignitate cadere, populum ab ejus dominio liberum existere, cum* pactum, *pro quo constitutus est, constat illum prius irrupuisse*? » La seule réponse des adversaires du Pape fut que la volonté du peuple, une fois exprimée, devient une *necessitas*, d'où résulte l'irrévocabilité de l'acte par lequel l'autorité est transférée à un souverain. Voir le manifeste des cardinaux anti-grégoriens dans Sudendorf, *Registrum* II, p. 41. Engelbert de Volkersdorf (*De ortu*, c. 2) est le premier à affirmer d'une façon générale que tous les *regna et principatus* ont leur origine dans un *pactum subjectionis* qui répond à un besoin, à un instinct naturel. Comp. Marsil. Pat. I c. 8, 12, 15. Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 24 : le *jus populi* transféré par le peuple, en même temps que l'*imperium*, à l'Empereur, n'est pas autre chose que le *jus humanum*, en vertu duquel la propriété et l'autorité temporelle remplacèrent la communauté des biens établie originairement par le droit divin et le droit naturel. Nic. Cus. III, c. 4. Aen. Sylv., c. 2.

(139) Eng. Volk. *De ortu* c. 10. Lup. Bebenb. c. 5 et 15. Occam. *Octo*, qu. II, c. 4-5, V. c. 6, VIII, c. 3. Baldus, lib. 5 Dig. 1, 1, nos 5 et 8; lib. 2 Cod. 6, 3 no 3. Paul. Castr., lib. 5 Dig. 1, 1 lect. 1, no 5 et lect. 2 nos 17-18.

forçait de démontrer que, même si la monarchie est instituée par les hommes, elle peut parfaitement avoir une origine divine et un droit divin, puisque le peuple, simple instrument de Dieu (140), reçoit de Celui-ci le pouvoir spirituel qui lui permet de créer la fonction monarchique (141).

Controverses au sujet de la Lex Regia. — Ce qui contribua d'une manière décisive au triomphe de cette théorie, c'est que les juristes pouvaient montrer dans le *Corpus Juris* un témoignage formel, d'après lequel la forme la plus élevée du pouvoir temporel aurait eu sa source dans la volonté du peuple. En effet, depuis l'époque des Glossateurs (le douzième siècle), on était d'accord pour admettre qu'au point de vue du droit positif l'Empire du Moyen Age, comme l'Empire romain, avait pour base le transfert de pouvoir effectué par le peuple dans la *Lex Regia* (142).

(140) Joh. Paris, c. 11 et 16 : *populo faciente et Deo inspirante.* Mars. Pat. I, c. 9 : Dieu est la *causa remota* de l'institution d'un roi par les hommes. Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 27 : *imperium a Deo et tamen per homines, scil. Romanos.* Ant. Ros. I, c. 56 : *imperium immediate a Deo per medium tamen populi Romani, qui tanquam Dei minister et instrumentum ejus jurisdictionem omnem in ipsum transtulit.* — On trouve quelques différences dans Almain, *De auct. eccl.* c. 1 (Gers. *Op.* II, pp. 978 et 1014) : Dieu délègue à la *communitas* le pouvoir qu'elle doit transférer au souverain.

(141) Nicol. Cus. II, c. 19, III praef. et c. 4, explique que, dans l'Église comme dans l'État, tout pouvoir procède à la fois de Dieu et des hommes; le pouvoir matériel est basé sur la soumission volontaire des hommes, et la force spirituelle vient de Dieu; en effet, quand une assemblée composée d'une multitude prend des décisions comme si elle n'avait qu'un seul cœur et une seule âme, il y a là quelque chose qui dépasse la condition humaine, et qui ne peut s'expliquer que par l'intervention divine (II, c. 5 et 15).

(142) (Le texte célèbre dont il s'agit se trouve lib. 1, *Dig.* 1, 4 et Inst. 1, 2, 6 : *Quod principi placuit legis habet vigorem : utpote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*). Glose au lib. 9, *Dig.* 1, 3; lib. 1, *Dig.* 1, 4; lib. *un. Dig.* 1, 11; lib. 2, Cod. 8, 53; lib. 11, Cod. 1, 17 v. *solus imperator*; et I. Feud. 26. Jac. Aren. *Inst. de act.* n° 5, p. 277. Cinus, lib. 4, Cod. 2, 54. Bald. lib. 1, Cod. 1, 1 n°s 1-12. Innoc. c. 1 X 1, 7 n°s 1-2 : *papa habet imperium a Deo, imperator a populo* Dante III, c. 13-14. Lup. Bebenb. c. 5, p. 355 : *olim tenuit*

La soumission volontaire est la source du pouvoir légitime. — Cette origine étant prouvée pour la forme la plus élevée de la société temporelle, il était facile, en généralisant, d'y faire apparaître un principe fondé en droit divin et en droit naturel. On établissait donc, comme un axiome philosophique, que toute autorité se justifiait en droit par la soumission de la communauté à son souverain, soumission volontaire qui résultait d'un contrat intervenu entre ces deux parties (143). Cependant, il fallait bien reconnaître que, dans certains cas, la naissance et la croissance de l'État étaient le fruit de la conquête ou d'une usurpation couronnée de succès. Mais alors, disait-on, cette autorité nouvelle ne pouvait justifier son pouvoir qu'en se faisant légitimer, après le fait accompli, par le *consensus populi tacitus vel expressus.* C'est ainsi qu'on cherchait à fonder en droit la domination universelle de Rome, bien qu'elle eût été établie par la violence, car on admettait un consentement tacite des peuples soumis, une *subjectio voluntaria* après le fait accompli (144). Guillaume d'Occam et Antonius Rosellus supposent même que cette monarchie universelle a été expressément constituée par une décision de la majorité des nations, et ils invoquent la doctrine du droit corporatif pour prouver qu'en ce cas la volonté de la majorité doit être suivie. En effet, l'Humanité forme bien « *unum collegium et corpus* », si l'on considère que la communauté des biens était originairement prescrite par le droit naturel, et d'autre part, l'établissement de la monarchie universelle

monarchiam imperii populus urbis Romanae; *postea transtulit in ipsum imperatorem.* Occam, *Octo* qu. II, c. 4-5; *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 27-28. Aen. Sylv. c. 8. Ant. Ros. I, c. 32 et 36.

(143) Voir à ce sujet Engelb. Volk., Marsil. Pat., Occam, et Aen. Sylv. déjà cités dans la note 138. Mais surtout Nic. Cus. II, c. 12 : la force obligatoire de toutes les lois réside dans la « *concordia subjectionalis eorum qui ligantur* »; II, c. 13 : tout pouvoir découle de la libre « *subjectio inferiorum* »; III c. 4 : le pouvoir est créé « *per viam* voluntariae subjectionis et consensus »; II. c. 8 et 10.

(144) Voir ci-dessus note 54.

a été, suivant Occam, un *actus necessitatis*, ou, suivant Rosellus, un acte exécuté *pro bono communi* (145).

Le pouvoir revient-il au peuple quand l'Empire est vacant? — Si l'*imperium* avait son origine dans la volonté du peuple, on était tenté d'admettre qu'il revenait au peuple lorsqu'il n'y avait plus d'empereur légitime. L'Église, il est vrai, éluda cette conclusion en admettant que les droits du peuple avaient été transmis, d'abord au Christ, puis, par Son intermédiaire, à Pierre et à ses successeurs. Mais en fait les adversaires des prétentions pontificales tirèrent parti de bien des manières de cette idée du retour de l'*imperium* au peuple. Les anciens juristes du Moyen Age étaient si incapables de s'affranchir des textes romains, qu'à leurs yeux la population de Rome, telle qu'elle existait de leur temps, était encore le «sujet» des droits qu'ils reconnaissaient au *populus Romanus* en ce qui concernait l'*Imperium*. Au milieu du douzième siècle, les successeurs d'Arnaud de Brescia s'efforcèrent très sérieusement d'obtenir pour la ville de Rome le droit de disposer de l'Empire lorsqu'il se trouvait vacant (146). Léopold de Babenberg fut le premier qui protesta avec force contre cette inadmissible identification de la population romaine avec le *populus Romanus* sou-

(145) Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 27 (se réfère à la Gl. au c. 6 X 1, 2); Ant. Ros. V, c. 2 (à son avis ce principe était déjà valable pour l'Empire de Babylone; il se réfère au *Dig.* 3, 4, à Innocent et à Bartolus).

(146) Voir dans Jaffé, *Monum. Corbeiens*, p. 332 (et dans Otto Fris. *Gesta Frid.* I, c. 28), la lettre que le *Senatus populusque Romanus* adresse au roi Conrad : l'Empereur reçoit l' « *imperium a Deo* », mais « *vigore senatus et populi Romani* »; il doit résider « *in urbe quae caput mundi est* ». De même Otto Fris., *loc. cit.* II, c. 21; et une lettre de Wezel, ann. 1152, dans Jaffé, *loc. cit.* p. 542 : *set cum imperium et omnis reipublicae dignitas sit Romanorum et dum imperator sit Romanorum non Romani imperatoris, ...quae lex, quare ratio senatum populumque prohibet, creare imperatorem?* — Les Hohenstaufen eux-mêmes, bien qu'à ces prétentions ils opposent résolument leur droit divin (cf. ep. an. 1152 dans Jaffé, *loc. cit.* pp. 449 et Otto Fris. III, c. 16, et IV, c. 3), n'en traitent pas moins Rome comme la capitale de l'Empire et la population de Rome comme le peuple de l'Empire proprement dit (cf. Petr. de Vin. ep. I, c. 7, III, c. 1, 18, 72).

verain. Les habitants de Rome, dit-il, n'ont à présent pas plus de droits que *quicunque alius populus Romano imperio subjectus*; et, dès qu'il s'agit des droits de souveraineté dans l'Empire, le terme *populus Romanus* doit signifier toute la population de cet Empire (*totus populus imperio Romano subjectus*) (147).

Théorie de la Translation de l'Empire. — L'application de cette idée que le pouvoir souverain, dès qu'il est vacant, retourne au peuple, fut faite pour la première fois par les adversaires des Papes quand ils eurent à expliquer la *translatio Imperii*, c'est-à-dire l'acte par lequel l'Empire fut transféré des Grecs aux Germains. L'Empereur grec, dit-on, a encouru la perte de son droit, et ainsi le pouvoir de disposer de l'Empire est revenu naturellement au peuple romain. Par suite le véritable acte de transfert se trouve dans le *consensus populi* qu'on mentionne au couronnement de Charlemagne, et le Pape n'a fait que proclamer et exécuter la volonté du peuple (148). Mais Léopold de Babenberg refuse de reconnaître un tel droit à la population de Rome, qui, dit-il, ne possède plus la domination universelle et ne représente plus le Peuple de l'Univers. Il a donc recours à l'autorité du Pape, qui, en vertu de la nécessité — nécessité de fait, mais non de droit — doit, pendant les interrègnes, remplacer

(147) Lup. Bebenb., c. 12 et 17. De même Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1. c. 30 : « *imperium Romanum et dominium temporalium... principalissime spectat ad totam communitatem universalium mortalium.* » Voir aussi Dante III, c. 16.

(148) Joh. Paris. c. 16 : *acclamante populo, cujus est se subjicere cui vult sine alterius praejudicio.* Marsil. Pat. *Def. pac.* II, c. 30 : si le Pape a le droit d'exercer une action, ce ne peut être que comme mandataire direct ou indirect du *legislator Romanus* (c'est-à-dire du peuple romain). Voir aussi les modifications faites par Marsile dans le texte de Landulf, *De transl. imp.* c. 8, 9, 10, 12. Occam, *Octo* qu. II, c. 9, IV c. 5 et 8 : *auctoritate populi Romani*, le Pape étant considéré comme membre, mandataire ou conseiller du peuple romain; *Dial.* III, tr. 2, l. lib, c. 20 : le Pape agit *auctoritate et vice Romanorum, ...transferentibus consensit.* Theod. a Niem, pp. 788-792. Aen. Sylv. c. 9 (*concurrente summi pontificis consensu*).

l'Empereur, c'est-à-dire le juge suprême de l'ordre temporel (149).

La garde de l'Empire quand il est vacant. — C'est en vertu des mêmes arguments que beaucoup d'auteurs revendiquent pour le peuple la garde de l'Empire ou d'un État pendant la vacance du trône (150).

L'élection du Souverain. — Et surtout, c'est de cette manière de voir qu'on déduit pour chaque peuple le droit d'élire un nouveau chef en cas de besoin, si ce choix n'est pas réservé à un pouvoir supérieur et si le droit successoral n'est pas strictement réglé. En effet tout pouvoir a son origine dans l'élection, et c'est un principe du *jus divinum et naturale* que la nomination du chef appartient à la communauté dont il doit prendre le commandement (151). Il est vrai qu'une monarchie héréditaire peut être valable-

(149) Lup. Bebenb., c. 12, p. 385; comp. c. 1-4 et 8. — Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 29-30. Le *populus Romanus* pouvait-il valablement renoncer à l'Empire au préjudice du *populus sequens*? Et l'*universitas mortalium* elle-même a-t-elle le droit de transférer l'Empire *invitis Romanis*? A cette dernière question, il est répondu affirmativement si les Romains se sont rendus coupables d'une faute ou si l'on peut arguer d'une autre *rationabilis causa*.

(150) Lup. Bebenb. c. 5. Occam, *Octo* qu. II, c. 14 et *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 22 : c'est seulement en vertu d'une autorisation des *Romani vel electores* que le Pape peut réclamer quelque droit en cette matière. Ant. Ros. 1, c. 64 : c'est le *populus Romanus qui* confère la puissance impériale comme un *officium publicum*, et c'est à lui qu'elle revient à la mort de l'Empereur.

(151) Voir les citations faites dans la note 138. Mars. Pat. I, c. 9 et 15. Lup. Bebenb., c. 5 : *secundum jus gentium... quilibet populus potest sibi regem eligere*; c. 15 : d'après le *jus commune* l'élection ou la nomination par l'Empereur sont les seuls titres en vertu desquels on puisse acquérir le *prinicpatus* ou le *regnum*. Occam, *Dial.* III, tr. 2, l. 3, c. 5-6 : si l'on abandonne le principe du droit strictement naturel « *omnia communia* », on doit du moins s'arrêter à la modification suivante : « *quod omnes, quibus est praeficiendus aliquis, habeant jus eligendi praeficiendum, nisi cedant juri suo vel superior eis ordinet contrarium* ». Nic. Cus. III, c. 4 : *populus Romanus habet potestatem eligendi imperatorem per ipsum jus divinum et naturale*; en effet, la volonté essentielle de Dieu est que toute autorité, et surtout celle du roi et de l'Empereur, naisse « *per viam voluntariae subjectionis et consensus* ». Ant. Ros. I, c. 69.

ment instituée par le transfert de l'autorité suprême à toute une famille ou par quelque autre moyen (152). Le principe électif n'en reste pas moins préférable, car il est plus conforme au droit divin et au droit naturel (153). C'est précisément pour cette raison que le principe électif régit l'Empire, dont la constitution doit être la meilleure, et qu'il y a toujours été observé, quoique sous des formes différentes (154). Le peuple peut, soit exercer lui-même le droit d'élection, soit le déléguer à ses représentants. C'est à une délégation de ce genre que les adversaires des prétentions pontificales faisaient remonter le droit des Princes-Électeurs (155), dans l'institution desquels le

(152) Mars. Pat. I, c. 9. Eng. Volk. *De ortu*, c. 10. Lup. Bebenb., c. 15, p. 398. Occam, *Octo*, qu. V, c. 6. K. Summenhard, *loc. cit.* I, qu. 11 : la monarchie est héréditaire quand « *hi qui primum in eum consenserunt, pro se et suis consenserunt* »; la monarchie est élective quand ces constituants ont agi seulement « *pro se* », de sorte que « *eo sublato libere possunt se alteri submittere quem elegerint* ». La coutume, la désignation par une autorité supérieure et la conquête fournissent encore d'autres titres à l'hérédité du pouvoir.

(153) Thom. Aq. *Comm. ad Polit.*, pp. 495 et 501. Aegid. Col. III, 2 c. 5. Mars. Pat, I, c. 16. Bart. *De reg. civ.* nº 23. Nic. Cus. III, praef. Cf. également Miles dans *Somn. Virid.* I, c. 187.

(154) Otto Fris. *Gesta* II, c. 1. Lup. Bebenb., c. 5. Occam, *Octo* qu. IV, c. 5 et 9, VIII, c. 3. Baldus, l. 5, *Dig.* I, 1, nºˢ 11-15. Nicol. Cus. III, c. 4. — L'élection était faite jadis par l'*exercitus* (qui, d'après Lup. Bebenb. « *repraesentabat totum populum Romanorum imperio subjectum* »); puis elle fut faite par le peuple lui-même, ensuite par l'Empereur qui choisissait son successeur; enfin par les Princes-Électeurs.

(155) Mars. Pat. II, c. 26 (la base est la *concessio populi*) et III concl. 9 et 10. Lup. Bebenb. c. 5 et 12 : après l'extinction des Carolingiens, l'élection fut faite par les « *principes et natu majores Francorum Alam. Bav. Sax.*, *qui repraesentabant totum populum Germaniae* »; puis Otton III institua les Princes-Électeurs « *de consensu principum et populi regno et imperio subjectorum expresso vel saltem tacito* »; cette institution était légitime, car, d'après le *jus gentium*, chaque *universitas* peut se choisir un roi; elle peut en même temps, d'après la *generalis consuetudo*, transférer à ce roi les droits impériaux, et enfin elle peut aussi déléguer à perpétuité le droit de faire des élections qui ne seront pas moins valides que celle-ci. Occam, *Octo* qu. VIII, c. 3. Nic. Cus. III, c. 4 : *unde electores qui communi consensu omnium Alemannorum et aliorum qui imperatori subjecti erant tempore Henrici* II *constituti sunt*, radicalem vim habent ab ipso omnium consensu, *qui sibi naturali jure imperatorem constituere poterant.* Ant. Ros. I, c. 48 : c'est le « *collegium universale fidelium et sic populus Romanus* » qui a institué les Électeurs.

Pape n'a pu agir que comme membre du peuple ou comme mandataire du peuple (156). Et, précisément parce que les Princes-Électeurs, lors de l'élection, agissent comme représentants de toute la population de l'Empire, leur acte a les mêmes effets qu'une élection populaire directe, et, sans aucune coopération du Pape, confère immédiatement à l'Élu la plénitude des droits impériaux (157).

Les droits réciproques du Prince et du peuple. — Mais c'est au sujet des droits de la communauté vis-à-vis du souverain légitimement institué qu'il y avait les divergences d'opinion les plus considérables. Ce conflit de théories apparut de la façon la plus nette dès que les Glossateurs se mirent à discuter la *translatio imperii* du peuple au *princeps*, telle qu'elle est mentionnée par les textes classiques. Pour certains auteurs, cette translation était une aliénation définitive, par laquelle le peuple avait pour toujours renoncé à tout pouvoir; ainsi le peuple, s'étant subordonné à l'Empereur, n'avait plus le pouvoir législatif et ne pouvait jamais annuler la transla-

(156) Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. I, c. 30 : pour savoir ce qui *de facto* a été transféré au Pape par le peuple, il faudrait avoir vu tous les privilèges des Papes, les cartulaires et les documents authentiques; mais en principe il se peut que le peuple ait entièrement abandonné au Pape le droit de constituer le collège électoral ou de faire lui-même l'élection. Nic. Cus. III c. 4 estime que c'est seulement comme sujet de l'Empire (car en matière temporelle l'Église est soumise à l'Empereur), que le Pape avait à donner son consentement; l'acte de l'élection recevait sa vertu (*vigor*) non « *ex suo, sed ex communi omnium et ipsius et aliorum consensu.* » — Par contre. d'après Lupold de Bebenburg, c. 12, l'autorisation de l'Église était nécessaire pour que l'élu des Princes pût prétendre à être couronné empereur et à exercer les droits impériaux au delà des frontières de l'empire de Charlemagne.

(157) Marsil. Pat. II c. 26, Occam, Octo qu. VIII c. 1-8 et IV c. 8-9, *Dial.* III, tr. 2 lib. 2 c. 29. Nic. Cus. III c. 4. — Lup. Bebenb. c. 5 à 6, exprime la même opinion, mais en faisant encore une réserve en ce qui concerne les droits impériaux au delà des territoires immédiats de l'Empire. A cette réserve Occam répond avec raison que, d'après Lupold lui-même, ce n'est pas seulement le territoire possédé par Charlemagne, mais c'est le monde entier dont la population est représentée par les Princes-Électeurs.

tion qu'il avait faite (158). Pour les autres cette *translatio* était une simple *concessio*, par laquelle on avait transféré à l'Empereur un office public et un *usus* (droit d'usage), tandis que la substance de l'*Imperium* était restée au peuple romain ; ainsi le peuple, étant supérieur à l'Empereur (*populus major imperatore*), pouvait continuer à légiférer et avait le droit de reprendre le pouvoir impérial (159). Cette controverse, limitée d'abord à une question de droit romain, s'étendit ensuite et finit par porter sur le principe même des relations du prince et du peuple. De ce débat résultèrent des systèmes diamétralement opposés.

Le système de la souveraineté du Prince. — En adoptant, à l'égard de la *translatio*, la première de ces explications (par l'aliénation définitive), on pouvait facilement, sur

(158) Accursius, dans la Gl. au l. 9, *Dig.* I, 3, v. *non ambigitur*, adopte ce point de vue, qui est simplement mentionné dans un autre passage de a Gl. au lib. 11, c. 1, 14 v. « *solus imperator* ». Cf. également la Gl. I Feud. 26 v. *an imperatorem* (*imperator major populo*). Hostiensis, *De const. Bartolus*, lib. 11, c. 1, 14 nos 3-4 : *omnis potestas est abdicata ab eis.* Baldus, lib. 8, *Dig.* 1, 3 nos 5-11, dit que le peuple romain n'est pas *imperatori similis*, qu'il ne peut pas déposer l'Empereur, et ne le remplace pas quand le trône est vacant (cependant ailleurs, Rubr. C. 10, 1 no 12, il exprime l'avis que la *camera imperii* peut « *secundario dici populi Romani, quia princeps repraesentat illum populum et ille populus imperium etiam, mortuo principe* »); d'après le même auteur la *translatio* était une *alienatio pleno jure*, sinon l'Empereur ne serait pas *dominus*, mais *commissarius populi*; cf. Baldus I Feud. 26 no 15 et II Feud. 53, § 1 (*princeps major populo*); lib. 8, *Dig.* I, 14, nos 1-3, et lib. 11, eod. no 6 : le peuple n'a plus le pouvoir législatif. Angel. Aret. § 6, I. 1, 2 nos 5-6. Joh. de Platea Inst. 1, 2, no 51. Marcus dec. I qu. 187.

(159) Pour l'opinion contraire cf. les Gloses citées dans la note précédente. Gl. au lib. 2, *Dig.* de R. D. v. *littora* : la *protectio* des *res communes omnium* appartient au peuple Romain (ou au César, si l'on admet la substitution faite par Baldus). C'est également l'avis de Cinus, lib. 12, Cod. 1, 14, bien qu'il constate qu'en réalité les décisions prises maintenant par le peuple Romain trouvent peu d'attention en dehors des murs de Rome. Occam, *Octo* qu. IV, c. 8. Christof. Parcus, § 6, Inst. 1, 2 no 4 (avec une justification très détaillée). Zabar. c. 34 § *verum* X 1, 6 no 8. Paul. Castr. lib. 8 *Dig.* 1, 3 nos 4-6 et lib. 1, *Dig.* 1, 4 no 4 : il déclare qu'il y a eu *concessio* de l'*usus*, et non *translatio* de la *substantia*, mais celle-ci appartient maintenant à l'Église, qui depuis la venue du Christ a pris la place de l'ancien peuple romain.

l'ancienne souveraineté du peuple, construire l'édifice de la monarchie absolue. En ce sens les Hohenstaufen eux-mêmes pouvaient reconnaître l'origine de l'autorité dans la volonté populaire (160). Et puisqu'en instituant un souverain la communauté abdiquait implicitement son propre droit, de nombreux juristes s'efforcèrent de déduire, de cette abdication, un droit monarchique aussi absolu que possible.

Le Prince souverain et le peuple. — Cependant même les partisans de l'idée de la souveraineté du prince, du moment où ils la fondaient sur un contrat impliquant la soumission du peuple, ne pouvaient refuser de reconnaître à ce corps populaire un droit propre qui subsistait vis-à-vis du souverain. Ils étaient obligés d'admettre qu'au point de vue juridique le souverain avait avec ses sujets exactement les mêmes relations que si un contrat existait entre la communauté nationale — communauté considérée comme une corporation (*universitas*) — et son chef, de sorte que la nation avait le droit strict d'exiger que le souverain remplît exactement les devoirs de sa fonction. Et même, pendant tout le Moyen Age, les partisans de la monarchie accordèrent à la communauté un droit de participation active à la vie de l'État, concession d'ailleurs à peu près inévitable si l'on tient compte de ce qu'étaient les institutions politiques de cette époque. Les auteurs étaient unanimes à soutenir la doctrine d'après laquelle le souverain ne pouvait porter préjudice à aucun droit de la communauté sans le consentement de celle-ci; et dans les actes préjudiciables on comprenait la soumission à un autre maître, l'aliénation ou le partage de l'autorité (*Herrschaft*) et même toute renonciation aux prérogatives essentielles de la souveraineté (*Hoheits-*

(160) Voir par exemple le discours de l'archevêque de Milan à Frédéric I dans Otto Fris., *loc. cit.* IV, c. 4 et la lettre de Frédéric II dans Petr. de Vin., ep. V, c. 135.

rechte) (161). De ce principe incontesté Léopold de Babenberg déduisit que, sans le consentement des princes et des peuples de l'Empire, aucun des droits impériaux ne pouvait être aliéné; par suite l'Empereur ne pouvait valablement reconnaître, d'une manière directe ou indirecte, ni la prétention des papes à examiner et à confirmer les élections impériales, ni d'une manière quelconque, la subordination de l'Empire à l'Église (162). C'est pourquoi l'on déclarait qu'en vertu d'un usage général, sinon d'une obligation juridique, le monarque devait volontairement s'obliger à obtenir l'adhésion de la communauté ou de ses représentants aux lois nouvelles et aux actes importants du gouvernement (163). Et l'on exprimait souvent l'opinion que même le droit de déposer le souverain en cas de nécessité pouvait être reconnu au peuple, sans qu'on abandonnât pour cela le principe « *Princeps major populo* » (164).

(161) Oldradus et après lui Baldus, Prooem. Feud. nº 32 et II Feud. 26, § 4 *in generali* nº 3. Picus a Monte Pico I Feud. 7, nº 7. Decius, Cons. 564 nºs 9-10. Franc. Curt. jun. Cons. 174, nº 17. — A l'appui de la donation de Constantin on affirmait qu'elle avait été approuvée par le Sénat et par le Peuple. Baldus, Prooem. *Dig*, nºs 44-45, et II Feud. 26, § 4, nº 3; Aug. Triumphus, II. qu. 43, a. 3; Ant. Rosellus, I c. 69; Curtius, *loc. cit.* nº 18.

162) Lup. Bebenb., c. 8, p. 367 et c. 12 p. 381, mais surtout c. 14, pp. 395-397 : *nam cum submissiones et recognitiones hujusmodi de consensu Principum Electorum ac etiam aliorum Principum et populi regno et imperio subjectorum non sint factae, ipsi principes et alii populum repraesentantes potuerunt contradicere ac eorum est contradictio admittenda*; les *subditi* ont toujours le droit de s'opposer à l'intention de leur *dominus*, quand celui-ci veut inféoder sa personne et son pays à un autre *dominus*; en effet, d'après le *jus gentium*, *civile et canonicum*, tout ce qui porte préjudice à une communauté « *debet ab omnibus approbari* ». Le même avis est exprimé par Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 30 : pour que le partage ou la diminution de l'Empire soient valables, il faut qu'elles soient faites « *consensu expresso vel tacito totius universitatis mortalium* ».

(163) Voir les Commentaires au lib. 8, Cod. I, 14; et Baldus, II Feud. 26, § 1, nº 13.

(164) Voir par exemple Petr. de Vin. ep. I c. 3, p. 105. Lup. Bebenb. c. 17, pp. 406-407 : même si le roi était *major populo*, le peuple aurait le droit de le déposer en cas de nécessité : « *necessitas enim legem non habet* ». Occam, *Octo* qu. II, c. 7, VI c. 2, III c. 3 : l'Empereur est au-dessus du peuple, bien qu'il tienne son droit de celui-ci (*jus a populo habet*); le roi est

Le système du partage de la souveraineté. — Entre ces deux tendances extrêmes, il y avait encore une tendance intermédiaire qui cherchait à combiner l'idée de la souveraineté du prince avec celle de la souveraineté du peuple. Elle coordonnait ces deux facteurs, le monarque et la communauté, et c'est à l'unité ainsi formée par eux qu'elle attribuait le pouvoir suprême. Les partisans de ce point de vue rejetaient la monarchie pure et déclaraient que la meilleure des constitutions était une royauté limitée ou un mélange de monarchie, d'aristocratie et de démocratie (165).

au-dessus du royaume, et le général d'un ordre religieux au-dessus de ses *fratres*; cependant ils peuvent tous être déposés par la communauté en cas de nécessité. Anton. Ros. III, c. 16 : quoique l'Empereur, comme chef (*caput*), supérieur à l'assemblée de l'Empire, soit à la fois juge et partie, ce principe souffre pourtant une exception quand l'Empereur est accusé devant cette assemblée comme « *tyrannus et scandalizans universale bonum imperii saecularis* ». Comp. *ib.* c. 21 et 22, et ci-dessus note 130. — L'opinion contraire est représentée, dès l'époque de Henri IV, par les cardinaux Anti-Grégoriens, selon lesquels le peuple peut bien instituer le roi, mais non le déposer, parce que la volonté du peuple, une fois exprimée, devient une *necessitas* : voir Sudendorf, Registr. II, 41. De même Baldus (ci-dessus note 158); mais comp. ses Cons. V, c. 325-326.

(165) Thom. Aq. attribue la souveraineté tantôt au peuple, tantôt au prince, suivant la constitution de chaque État; *Summa Theol.* II, 1 qu. 90 a. 3 :« *ordinare aliquid in bonum commune est vel totius multitudinis vel alicujus gerentis vicem totius multitudinis; et ideo condere regem vel pertinet ad totam multitudinem, vel pertinet ad personam publicam, quae totius multitudinis curam habet* »; de même *ib.* qu. 97 a. 3. Il est suivi dans cette voie par d'autres écrivains postérieurs (par exemple Joh. Friburg. *loc. cit.* II, t. 5, qu. 209 et K. Summenhard, *loc. cit.* qu. 11 : la *potestas politica* existe « *duplici modo, uno modo in uno rege, alio in una communitate* ». Mais Thom. Aq. estime que la meilleure des constitutions est la constitution mixte qui aurait été soi-disant réalisée par les Juifs; *Summa Theol.* II, 1. qu. 95, a. 4 et qu. 105, a. 1 : *Unde optima ordinatio principum est in aliqua civitate vel regno, in quo* unus *praeficitur secundum virtutem qui omnibus praesit; et sub ipso sunt* aliqui *participantes secundum virtutem; et tamen talis principatus ad* omnes *pertinet, tum quia ex omnibus eligi possunt, tum quia ab omnibus eliguntur : talis vero est omnis politia* bene commixta *ex regno, in quantum unus praeest, ex* aristocratia, *in quantum multi principantur secundum virtutem, et ex* democratia, *id est, potestate populi, in quantum ex popularibus possunt eligi principes et ad populum pertinet electio principum*; il exige qu'en tout cas la monarchie soit limitée par des institutions qui l'empêchent de dégénérer en tyrannie : *De reg. princ.* I, c. 6. Joh. Paris., c. 20, préfère à la monarchie pure celle

La souverainеté du peuple. — D'autre part, de la seconde des deux explications proposées par les Glossateurs (pour le texte classique de la *Lex Regia*) — c'est-à-dire de la doctrine suivant laquelle le peuple n'aurait accordé au monarque que « l'usage » du pouvoir suprême — découlait logiquement le système de la souveraineté populaire absolue, souveraineté qui restait inhérente au peuple malgré l'institution d'un monarque. Il est vrai que, même parmi les partisans de ce système, on restait attaché au principe — conforme à l'idée du pacte conclu entre le peuple et le souverain — que les obligations de ces deux parties étaient réciproques : ainsi était sauvegardée l'autorité souveraine du monarque, à laquelle on ne pouvait porter atteinte tant qu'il restait fidèle au contrat. Mais, quelle que fût la forme du Gouvernement, le peuple était toujours reconnu comme le véritable souverain, ce qu'affirmait en propres termes la formule « *Populus major principe* ». On en déduisait généralement que la communauté, placée au-dessus du prince, conservait le pouvoir législatif et le contrôle permanent de l'exercice des droits de la souveraineté (166). Et surtout on en tirait cette conséquence que, si le souverain négligeait ses devoirs, le peuple pouvait le mettre en jugement et rendre

qui est mélangée d'aristocratie et de démocratie. De même d'Ailly, *De pot. eccl.*, II, c. 1, et Gerson, *De pot. eccl.* cons. 13. Engelb. Volk. I, c. 14-16, décrit, lui aussi, les avantages des constitutions mixtes. Jason lib. 5, cod. 1, 2 lect. 2, nos 10-13, déclare qu'en vertu d'une maxime générale de l'Église et de l'État, pour le règlement des *negotia ardua*, le chef est tenu d'obtenir le consentement d'une assemblée conciliaire. Almain, *Comm. ad Occam*, qu. I, c. 5 et 15, admet, comme compatible avec l'essence de la monarchie, que le soin d'imposer des limites au pouvoir souverain, de juger et de déposer le chef suprême, soit confié, dans l'État, à la *congregatio nobilium* pour ce qui concerne le roi, et, dans l'Église, au concile pour ce qui concerne le pape; il est vrai qu'ailleurs, dans le *Tract. de auctor. eccl.* c. 1 (Gerson II, pp. 977 et suiv.), il dit que le prince est au-dessus des individus isolés, mais non au-dessus de la communauté. John Mair, *Disput.* a. 1518 (Gerson II pp. 1131 et suiv.) admet l'existence de deux pouvoir suprêmes, dont celui du peuple est le plus illimité.

(166) Voir ci-dessus, note 159. Lup. Bebenb., c. 12 et 17. Occam, *Octo*, qu. IV. 8.

en toute légitimité une sentence de déposition (167). C'est à cette dernière conséquence que l'on arrivait toujours et que l'on attachait une importance particulière. En effet on en avait besoin pour expliquer les exemples historiques dans lesquels le Pape avait ou semblait avoir déposé l'Empereur et les rois et délié les peuples de leur devoir d'obéissance. Pour empêcher les partisans du pape d'interpréter ces exemples comme des précédents dont découlerait la reconnaissance légale du pouvoir pontifical, il fallait admettre que le rôle tenu par le pape dans ces événements n'avait pas été « constitutif » mais simplement « déclaratif », l'autorité réelle étant toujours émanée du peuple ou de ses représentants (168).

Monarchie et République. — Il est évident que, d'après cette manière de voir, il ne pouvait y avoir aucune différence essentielle entre le monarque et un magistrat républicain.

(167) Marsil. Pat. I c. 15 et 18; II c. 26 et 30. Lup. Bebenb. c. 17 p. 406. Occam, *Octo* qu. II c. 8 (*correctio imperatoris spectat ad Romanos*). *Miles* dans Somn. Virid. I. 141 : quand un roi impose des taxes injustes, se rend coupable de dénis de justice, ne protège pas la nation ou néglige ses devoirs de quelque façon que ce soit, le peuple peut le déposer et élire un autre souverain; de même le peuple d'une partie de l'Empire, si celle-ci est négligée, peut se donner un souverain indépendant. Joh. Wicleff a. 17 : *populares possunt ad suum arbitrum dominos delinquentes corrigere.* Nicol. Cus. III c. 4. — Déjà pendant la Querelle des Investitures Manegold de Lautenbach déclarait qu'un souverain qui violait son contrat pouvait être légitimement déposé. — Innoc. c. 1 X 1, 10, nos 1-2 n'accorde le droit de déposition qu'à l'égard des souverains électifs.

(168) Spécialement en ce qui concerne la déposition des derniers Mérovingiens et l'intronisation de Pépin, on explique longuement que « *non deposuit papa, sed deponendum consuluit et depositioni consensit* », « *non substituit, sed substituendum consuluit et substituentibus consensit* », « *a juramento absolvit, id est absolutos declaravit* »; et l'on cite Huguccio et la Gl. ord. au c. *alius*, C. 15 qu. 6. Joh. Paris, c. 15; Mars. Pat. *De transl.* c. 6. Lup. Bebenb. c. 12, pp. 386-389 : le Pape n'a fait que déclarer un *dubium juris*; la déposition de l'ancien roi et l'intronisation du nouveau furent l'œuvre des Francs. Occam, *Octo* qu. II c. 8; VIII c. 1 et 5; *Dial.* III, tr. 2, l. lib, c. 18 : Innocent III et Innocent IV, eux aussi, agirent *auctoritate Romanorum*, à moins qu'ils n'aient outrepassé leurs droits. Somn. Virid. I c. 72-73. *Quaestio in utramque p.* 106, ad 15-16. Nic. Cus. III, c. 4 : le Pape a agi comme membre de l'*universitas*.

Mais les auteurs ne perçurent pas toujours cette conséquence de leurs travaux. Il est bien difficile, par exemple, de soutenir que Léopold de Babenberg eût un tour d'esprit républicain. Cependant il enseigne expressément que la population de l'Empire est *major ipso principe*, qu'elle peut légiférer (surtout si l'Empire est vacant ou si l'Empereur néglige ses devoirs), et qu'elle peut, pour de justes motifs, transférer l'Empire d'une nation à une autre ou déposer l'Empereur. Il enseigne encore que chaque peuple particulier a exactement les mêmes droits vis-à-vis de son roi (169).

Le système républicain de Marsile de Padoue. — Par contre, le système de Marsile de Padoue est absolument républicain. Avec toute la logique du radicalisme démocratique, il établit un plan abstrait dans lequel le pouvoir est divisé entre l'*universitas civium* et la *pars principans*, plan qui reste toujours le même, quelle que soit la forme du gouvernement. D'après lui la Souveraineté est l'attribut du législateur; mais le législateur, c'est toujours et nécessairement le peuple, c'est-à-dire l'unanimité ou la majorité des citoyens qui ont le droit de vote, de quelque manière que ce droit inaliénable soit exercé, que ce soit par plébiscite direct ou par élection de représentants. La volonté du peuple est donc la *causa efficiens* de l'État. Par la législation le peuple dirige l'organisation de l'État, répartit les fonctions et réunit les différentes parties dans un tout. En premier lieu il institue un pouvoir suprême chargé d'expédier les affaires du gouvernement, dont l'*universa communitas* ne peut pas se charger elle-même. Non seulement la forme, mais même la substance de ce pouvoir émane du législateur. Celui-ci, *ad commune conferens*, a donc le droit d'instituer, de réprimander et de déposer le détenteur du pouvoir su-

(169) Lup. Bebenb. c. 12, p. 385 et c. 17, p. 406.

prême. Le souverain lui-même n'est qu'une partie de la collectivité (*pars principans*), et reste toujours subordonné à cette collectivité. Comme l'autorité lui vient du législateur (*per auctoritatem a legislatore sibi concessam*), il n'a dans l'État que le rôle secondaire d'un agent d'exécution (*secundaria quasi instrumentalis seu executiva pars*). Aussi est-il en toutes choses le prisonnier des lois. Et comme, en fin de compte, il ne doit être que l'instrument de l'*universitas*, son gouvernement sera d'autant meilleur qu'il se conformera plus exactement à la volonté collective (*juxta subditorum suorum voluntatem et consensum* (170).

Nicolas de Cusa et la souveraineté du peuple. — Ce système, dans son ensemble, diffère essentiellement de celui qui est exposé dans la *Concordance Catholique* de Nicolas de Cusa; mais celui-ci est également un apologiste convaincu de la souveraineté du peuple. A ses yeux, tout pouvoir terrestre a la même origine que l'homme, c'est-à-dire qu'il procède en premier lieu de Dieu (*prinpaliter a Deo*). Celui-ci se manifeste par l'organe de la volonté collective, dont il est l'Inspirateur. Et précisément, c'est quand une autorité est basée sur le libre consentement de ses sujets qu'on reconnaît à ce caractère son origine divine (*tunc divina censetur, quando per concordantiam communem a subjectis exoritur*). Aussi toute *jurisdictio* et toute *administratio* reposent-elles sur l'*electio* et sur le transfert de pouvoir volontairement exécuté, soit par l'unanimité du corps social, soit par sa majorité, soit par ses représentants. Aucune *species dominandi* n'est juste et sainte si elle n'est fondée *per viam voluntariae subjectionis et consensus in praesidentium praelationes concordantiales*. Seul le souverain institué dans ces conditions est une personne publique et « commune », en tant qu'il représente la volonté collective (*ut sic constitu-*

(170) Marsil. Pat. I c. 7-8, 12-13, 15, 18, II, c. 30, III, concl. 6.

tus, quasi in se omnium voluntatem gestans in principando, publica et communis persona ac pater singulorum vocetur); et c'est seulement quand il reconnaît avoir été créé par cette volonté collective qu'il devient le père de chacun de ses sujets(*dum se quasi omnium collective subjectorum sibi creaturam cognoscat, singulorum pater existat*). Mais la fonction législative, par sa nature même, doit nécessairement être réservée à la collectivité, puisque toute la force obligatoire des lois réside dans le consentement exprès ou tacite de ceux qui doivent être obligés. Aussi le souverain lui-même est-il soumis aux lois. Il ne peut exercer l'*administratio* et la *jurisdictio* que dans certaines limites fixées par son mandat. Même dans cet exercice, il est soumis à une surveillance perpétuelle, et s'il transgresse les limites de son pouvoir, il peut être jugé et déposé par le peuple. Tout cela est un imprescriptible et inaliénable *jus divinum et naturale* (171).

C'est ainsi qu'au cours du quinzième siècle les principes de la doctrine de la souveraineté du peuple reparaissent dans tout les raisonnements, par lesquels on cherche à

(171) Nicol. Cus. III, c. 4 et 41, et II c. 12-13. Il rattache à ces théories générales ses propres projets en vue de la réforme de l'Empire, dans lesquels il associe, d'une manière remarquable, les idées du droit naturel et les formes de l'« Union pour la paix publique » (*Landfriedenseinung*) qui existait au Moyen Age; III c. 25-40. L'Empereur continue à être le chef monarchique et doit avoir le droit d'initiative (c. 32). Un mode de suffrage très compliqué est proposé pour son élection (c. 36-37). Le pouvoir législatif pour l'Empire est exercé par une diète impériale (*Reichstag*) qui se réunit tous les ans, qui est composée de Princes-Électeurs, de juges, de conseillers, de députés des villes, et qui représente toute la nation (c. 35). A un degré inférieur se trouvent les assemblées provinciales, composées de représentants des trois États (Clergé, Noblesse et Peuple), qui se réunissent aussi tous les ans et qui délèguent des comités permanents (*Provincialgerichte*) armés d'un fort pouvoir exécutif (c. 33). D'autres propositions ,également détaillées, sont encore faites en vue de la réforme de l'armée de l'Empire (c. 39), des finances de l'Empire, de la justice de l'Empire, de la législation relative à la paix publique (c. 34), des privilèges ecclésiastiques (c. 40), etc. Non seulement dans l'Empire, mais dans tous les autres territoires, il faut qu'il y ait auprès des rois et des princes un *consilium quotidianum* recruté dans l'aristocratie et un *consilium generale* qui ait les droits d'élection, de législation et de décision (c. 12). Pour l'Église sont proposées des réformes analogues; II c. 22-33.

défendre les droits des États-Généraux (*Stände*), contre le développement de la puissance monarchique (172), jusqu'à ce que ces idées, traduites sous une forme populaire et de plus en plus absorbées par les masses, finissent par prendre corps dans les révolutions qui sont accomplies ou projetées à l'époque de la Réforme.

2. *La souveraineté du peuple dans l'Église.*

Pendant ce temps l'Église avait subi l'influence décisive d'un courant d'idées semblable à celui dont nous venons de suivre le développement dans l'État. On se faisait une conception de plus en plus nette et vigoureuse du rôle de l'Église comme « institution politique », et par suite on devait naturellement lui appliquer le modèle de constitution qui avait été fabriqué pour l'État. On reconnaissait que la mission de l'Église comportait la réalisation de l'idéal d'une parfaite constitution politique, et ainsi la transformation du concept spécifique de l'Église accompagnait l'évolution de la doctrine de l'État dans le sens du droit naturel.

Les droits de la communauté ecclésiastique. — Comme on ne pouvait pas effacer la définition d'après laquelle l'Église était une *congregatio fidelium*, la doctrine de la monarchie absolue, même quand elle était à son apogée, ne réussit pas à éliminer entièrement l'idée d'un droit propre à l'ensemble de la communauté ecclésiastique. On avait beau faire valoir avec insistance que le Pape, se trouvant au-dessus de tout le reste de l'Église, n'était le justiciable

(172) Cf. surtout les délibérations des États-Généraux français de 1484, et les études qui leur ont été consacrées par Bezold, *Hist. Zeitschr.* vol. 36 (1876), pp. 361 et suiv. et par Baudrillart, *Bodin et son temps*, p. 10; les remarques de Philippe de Comynes dans Baudrillart, pp. 11 et suiv.; la doctrine de Jacob. Almain, *Expos. ad Occam* qu. I. c. 5 et 15, *tract. de auctor. eccl.* c. 1 (Gerson, op. II, pp. 977 et suiv.), *de dominio naturali*, etc. (*ib.* 964).

de personne et pouvait lui-même tout juger (*sedes apostolica omnes judicat et a nemine judicatur*), qu'à l'assemblée des évêques se substituait de plus en plus un Sénat de cardinaux dont tous les pouvoirs émanaient du Pape seul et nullement de l'Église, que le concile œcuménique lui-même était subordonné au Pape, puisqu'il en recevait l'autorisation de se réunir et de prendre des décisions, tandis que pour le Pape aucune autorisation et aucune obligation ne découlaient des décisions du concile (173) : deux points subsistaient néanmoins sur lesquels ces principes devaient être abandonnés, ou maintenus seulement au prix de grandes difficultés. D'abord l'élection d'un Pape rappelait toujours que, dès la mort de son prédécesseur, le pouvoir pontifical était revenu à la communauté, et que les cardinaux représentaient cette communauté lorsqu'ils élisaient le nouveau monarque (174). Et en second lieu, la doctrine, presque incon-

(173) Voir les passages des Canonistes réunis par Schulte, *Die Stellung der Koncilien*, pp. 253 et suiv. Thom. Aq. *Opusc. contra err. Graec.* II, c. 32-38. Innoc. c. 23, X de V. S. n° 3. Dur. Spec. I, 1 *de leg.* § 5, n° 10. Aegid. Rom. *De pot. eccl.* I, c. 2. Aug. Triumph. I. qu. 6, a. 6. Alv. Pel. I a. 6 (reproduit dans Hübler, *Konst. Ref.* p. 361) et 17. Bref de Pie II et réplique de Laelius dans Gold. II pp. 1591 et 1595. Turrecremata, *Summa de eccl.* II, c. 54 et 65; III c. 28, 32, 44, 47, 51, 55. Petrus de Monte dans *Tr. U. J.* XIII 1, pp. 144 et suiv.

(174) Aug. Triumphus, I, qu. 3, a. 7-9, dit que le collège électoral n'est pas *majus papae*, puisque, simple instrument de Dieu, pour la *designatio personae*, bien loin de conférer au Pape une autorité quelconque, il ne procède à l'élection que *papae auctoritate*; mais à défaut du conclave, le même auteur attribue le droit d'élection au *concilium generale*, et il rattache cette attribution à la doctrine d'après laquelle, quand le siège pontifical est vacant, l'Église est représentée par le *collegium universalis ecclesiae*; celui-ci peut se réunir, soit de sa propre volonté, soit sur la convocation du Pape, et à ce point de vue il a une « supériorité potentielle » (*majoritas potentialis*), qui peut être opposée à la « supériorité actuelle » (*superioritas actualis*) du Pape. Voir I qu. 3, a. 2, qu. 4, a. 1-8, qu. 6, a. 6. Cependant, quand le siège pontifical est vacant, la « substance » du pouvoir monarchique ne subsiste que dans le Christ, et l' « exercice » de ce pouvoir est temporairement abandonné; en effet les Cardinaux — contrairement à l'ancienne doctrine — peuvent exercer la juridiction papale tout au plus « *in minimis et quibusdam* » (Aug. Triumph. *loc. cit.*, Alv. Pel. I a. 20, Glose Cl. 2 de el. 1, 3 v. *non consonam*; Hinschius, *Kirchenrecht*, § 39).

testée au Moyen Age, — d'après laquelle l'Église seule est infaillible en matière de foi, tandis que le Pape peut se tromper et être déposé comme hérétique (175), — cette doctrine conduisait à l'opinion exprimée par de nombreux canonistes, qu'en cas d'hérésie du Pape, il devait, par mesure exceptionnelle, être soumis au jugement de toute l'Église (*judicatur a tota ecclesia, condemnatur a concilio generali, judicatur à subditis, ab inferioribus accusari et condemnari potest*) (176). Peu importait, au point de vue pratique, la fiction à l'aide de laquelle on essayait de dissimuler cette rupture avec le principe monarchique; en vertu de cette fiction, le Pape hérétique, étant mort au point de vue spirituel, cesserait *ipso facto* d'être Pape, et le concile aurait simplement à faire cette constatation au nom de l'Église, dont il se trouverait être le seul représentant (177).

La suprématie du concile. — Si, dans la pratique, le droit canon reconnaissait ainsi, à certains égards, la suprématie du concile sur le Pape, cet état de choses devait forcément se traduire dans la théorie. Aussi se trouva-t-il toujours des partisans de la doctrine d'après laquelle le Pape, malgré le principe général de sa supré-

(175) Cf. v. Schulte, *Die Stellung der Koncilien*, pp. 192-194 et pp. 253 et suiv.

(176) Voir c. 13 C. 2 qu. 7, et c. 6 D. 40; et, dans l'ouvrage précité de v. Schulte, les opinions de Gratien, Rufinus, Stephanus Tornacensis, Simon de Bisignano, Joh. Faventinus, Summa Lipsiensis, Huguccio, Bern. Papiensis, Joh. Teutonicus, Archidiaconus, Turrecremata, Goffr. Tranensis, Hostiensis, Joh. Andreae, Joh. de Imola, Joh. de Anania. En outre, Gl. ord. au c. 9, C. 24, qu. 1, v. *novitatibus*; Innoc. IV au c. 23, X. *de verb. sig.* 5, 40, nos 2-3; Host. de accus. no 7; Joh. de Anan. c. 29, X. 3, 5, nos 9 et suiv.; Petrus a Monte, *loc. cit.* fo 148 et suiv.

(177) Cette théorie, déjà indiquée par Joh. Teutonicus (*loc. cit.* no 310 p. 265) est surtout développée par Aug. Triumphus, I qu. 5, a. 1, 2, 6, et qu. 6, a. 6 (voir aussi qu. 1, a. 1, 3, qu. 5, a. 3-4, qu. 7, a. 1-4, qu. 6, II, qu. 6 et II 45-46), et par Alvarius Pelagius, I. a. 4-6 et 34, II. a. 10, ainsi que par le Clerc dans le *Somnium Virid.* II, c. 161. Occam, lui aussi, s'étend longuement sur ce sujet : *Octo*, qu. III, c. 8, VIII, c. 5-6, *Dial.* I, 6, c. 66-82.

matie sur l'Église Universelle, reste, en matière de foi, soumis à cette Église et au concile qui la représente (178). Mais si le droit divin du Pape ne l'empêchait pas de se subordonner sur ce point à l'autorité de l'Église, il était possible de trouver d'autres points sur lesquels, également à titre exceptionnel, le droit de la communauté se concilierait avec la reconnaissance de la suprématie pontificale. Et de fait, on enseigna de bonne heure que le concile avait encore un droit de juridiction sur le Pape quand celui-ci était coupable de crimes notoires, de schisme, ou d'autres méfaits qui menaçaient la prospérité de toute l'Église (179). D'autre part, la doctrine légale des cas de nécessité se développa jusqu'à justifier, en cas d'urgence, de la part de l'Église, une procédure extraordinaire qui serait indépendante de l'autorité pontificale et même dirigée contre elle. (180).

La souverainelé de la communaulé ecclésiastique. — Cependant, depuis le début du quatorzième siècle, une manière de voir plus radicale est imposée par une doctri-

(178) Déjà Huguccio (v. Schulte, p. 261) exprime l'opinion que le pape hérétique est « *minor quolibet catholico* ». Et cette manière de voir est confirmée par Occam, *Dial.* I. 5, c. 27 et I. 6, c. 12-13, 57, 64 : en matière de foi le concile est « *majus papa* », puisque le concile « *tene vicem ecclesiae universalis* ». De même Michael de Cesena, ep. a. 1331 (Goldast, II, p. 1237) : *in his quae ad fidem catholicam pertinent papa subest concilio*. Henr. de Langenstein, *Cons. pac.* a. 1381, c. 13 et 15dans Gerson, II, pp. 824, 832.

(179) C'est déjà la doctrine de Huguccio et de quelques autres auteurs en ce qui concerne les *crimina notoria*. Comp. Occam, *Octo* qu. 1, c. 17, II. c. 7, III, c. 8, VIII c. 5-8; *Dial.* I, 6, c. 86. Lettre de l'Université de Paris sur le schisme, an. 1394 (Schwab, pp. 131-132, Hübler, p. 362). Matth. de Cracovie (Hübler, pp. 366-367). Pierre Plaoul,a. 1398 (Schwab), p. 147). Zabar., *De schism.* p. 697.

(180) Voir ci-dessus, note 134. Henr. de Langenstein, *loc. cit.* c. 15. Simon Cramaud, Pierre Plaoul et d'autres Gallicans dans Schwab, 146 et suiv., et Hübler, 368 et suiv. L'avis exprimé en 1409 par l'Université de Bologne se trouve dans Martène *Ampl. coll.* VIII 894. L'application, pratique de cette doctrine fut faite, en France, à propos du refus d'obéissance (Schwab, pp. 146 et suiv.) et de la déclaration de neutralité (*ib.* 211).

ne dont le triomphe va en s'affirmant de plus en plus. S'appuyant tantôt sur une théorie de la société conforme au Droit Naturel, tantôt sur la doctrine des corporations du Droit Positif, elle applique à l'Église la théorie de la souveraineté du peuple qui a été faite pour l'État, et finit par admettre la pleine souveraineté de l'Église représentée par le concile.

Le concile et le Pape. — Déjà, d'après Jean de Paris, le Pape n'est rien de plus qu'un chef corporatif : ses droits vis-à-vis de l'Église sont ceux que chaque prélat a vis-à-vis de sa propre corporation ecclésiastique ; ses pouvoirs administratifs ne vont pas au delà du strict nécessaire pour le maintien de l'unité ; et, s'il agit contrairement au *bonum commune*, il peut recevoir des remontrances des Cardinaux et être déposé par un concile (181). Mais, là encore, Marsile de Padoue s'avance bien au delà de tous ses contemporains. Comme il conteste l'origine divine de la Primatie pontificale, c'est seulement dans le concile, à son avis, qu'est réalisée l'union de l'Église visible et de son Chef invisible. L'évêque de Rome, que le concile doit élire, et même, à l'occasion, réprimander et déposer, n'aurait donc pas d'autre fonction que d'obtenir du pouvoir temporel la convocation du concile, de présider celui-ci, de lui soumettre des projets, de rédiger et de publier ses décisions, et de menacer les contrevenants de censures purement spirituelles (182). Toutes les propositions qui découlent du principe de la souveraineté de la collectivité se trouvent exposées et

(181) Joh. Paris c. 6, pp. 155-158, c. 14, p. 182, c. 21, p. 208, c. 25 pp. 215-224.

(182) Mars. Pat. II, c. 15-22, et III. concl. 32 et 41. Tous les autres pouvoirs qu'exerce le Pape ont été usurpés. L'autorité du concile est valable, non seulement en matière de foi (II. c. 18, 20, III, c 1. et 2), mais aussi en matière d'excommunication, de punition, de législation, d'imposition de dîmes, d'autorisation d'écoles, de canonisation de fixation de fêtes, etc. (II, c. 7, 21, III, c. 5, 34-36).

justifiées en grand détail dans les œuvres de Guillaume d'Occam. Jusque-là ces propositions n'avaient été présentées qu'isolément; c'est aux représentants les plus déterminés du parti conciliaire qu'il appartenait de le réunir et d'en faire un programme contre les prétentions des Papes. Occam fait valoir tous les doutes qui existaient déjà — et qui sont toujours allés en croissant — au sujet de l'origine divine de la Primatie pontificale (183). Il discute pour savoir si l'Église ne peut pas déterminer librement sa constitution et même en abolir entièrement la forme monarchique (184). Il explique que l'élection du Pape est un droit qui appartient à la communauté et que celle-ci a simplement délégué aux Cardinaux (185). En aucun cas il ne veut accorder au Pape autre chose

(183) Voir dans Occam, *Dial.* I c. 5, c. 14-19, et III, tr. 1, lib. 4, l'opinion que la Papauté repose sur une institution humaine; III. tr. 1, lib. 2, c. 2 12-14, 16-17 et 25, les raisons qui militent contre l'existence d'un chef monarchique de l'Église; III, tr. 1, lib. 1, c. 1, une question sur l'étendue des pouvoirs que Dieu a confiés au Pape. Voir aussi des références à ces opinions dans Pierre d'Ailly (Gerson, *Op.* 1, pp. 662 et suiv.), Gerson (*ib.* II, p. 88, où il est dit, comme une opinion très répandue, *papam non esse caput universale ecclesiae jure divino*) et Joh. Breviscoxa, *Tract. de fide* (*ib.* I, p. 808, surtout 878 et suiv.). Le droit divin de la Primatie est absolument contesté par Nilus, arch. Thessalon., *De primatu* (Gold. I, pp. 30-39), Randuf, *De mod. un.*, Wicleff, Hus, etc. — L'*auctoritas conciliorum* est souvent citée par les anciens canonistes comme une des forces qui ont constitué la Primatie : par exemple par Huguccio, *loc. cit.* p. 266. D'Ailly (Gerson, *Op.* II, p. 905), paraît également enclin à l'opinion moyenne qui est définie en ces termes : *licet principaliter Rom. eccl. principatum habuerit a Domino, tamen secundario a concilio.* Dans le même esprit Gerson (II, pp. 239 et suiv.) distingue, parmi les droits de la Papauté, ceux qui sont d'institution divine et ceux qui ont été acquis conformément au droit humain.

(184) Occam, *Dial.* III, tr. 1, lib. 2, c. 20-27, traite la question de savoir si la Communauté des Fidèles, en vertu de ses pouvoirs, peut légitimement et utilement transformer le régime monarchique de l'Église en régime aristocratique, et inversement; de même, du principe de l'autonomie (*quaelibet ecclesia et quilibet populus christianus propria auctoritate jus proprium statuere pro sua utilitate potest*), il déduit le droit de chaque peuple à se donner lui-même un chef ecclésiastique distinct, en cas d'hérésie du Pape, ou de vacance prolongée du Saint-Siège, ou enfin d'interruption absolue des communications avec Rome.

(185) Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 3, c. 4-13. De même Henr. de Langenstein, *Cons. pac.* c. 14 et 15.

qu'un pouvoir limité (186), tandis qu'il reconnaît au concile œcuménique le droit de prendre des décisions obligatoires pour le Pape, de juger celui-ci, de le déposer et de le livrer au bras séculier auquel son châtiment sera confié (187). Enfin il affirme qu'en cas de nécessité un concile peut se réunir de son plein gré, même sans être convoqué par le Pape (188).

Les théories du parti conciliaire. — C'est ainsi que cette doctrine du droit souverain de la collectivité avait déjà atteint son plein développement quand les écrivains de la grande époque conciliaire l'érigèrent en système, avec quelques restrictions, et l'introduisirent, en qualité de programme officiel, aux conciles de Pise, de Constance et de Bâle. Pour d'Ailly, Gerson, Zabarella, Andreas Randuf, Dietrich de Niem et un certain nombre de leurs contemporains, toute la constitution de l'Église est basée sur cette idée que la plénitude du pouvoir ecclésiastique, substance indivisible et inaliénable, réside dans l'Église universelle que représente le concile; par contre, l'exer-

(186) Occam, *Octo* qu. 1, c. 15, III, c. 9; *Dial.* III, tr. 1, lib. 1, c. 1 (où la cinquième des opinions qu'il indique paraît être la sienne).

(187) Occam, *Octo* qu. 1, c. 17, III, c. 8; *Dial.*, I, 5, c. 27; I. 6, c. 12-13, 57, 64, 69-72, 86. Voir Nilus au passage indiqué ci-dessus (note 183). Anonymus, *De aetat. eccl.*, c. 6, p. 28 : *nemo primam sedem judicare debet, sed hoc pertinet ad dominam et reginam sponsam Christi, cujus servus et dispensator est papa, quam universales synodi repraesentant.* Somn. Virid. I., c. 161. Henr. de Langenstein, *Cons. pac.* c. 15.

(188) Occam, *Dial.* I, 6, c. 84 : ce n'est qu'une des applications du droit général, qui appartient à chaque *populus* autonome, à chaque *communitas*, et à chaque *corpus*, de s'assembler lui-même ou de constituer une assemblée de députés : *potest aliquos eligere qui vicem gerant totius communitatis aut corporis absque alterius auctoritate.* Ainsi l'Église Universelle qui, si ses dimensions le lui permettaient, pourrait *per se convenire* en cas de vacance du Saint-Siège, peut, dans son état actuel, s'assembler « *per aliquos electos a diversis partibus ecclesiae* ». Les pouvoirs temporels, et même tous les laïcs, peuvent provoquer la réunion de cette assemblée, en cas d'absence ou de négligence des prélats et théologiens qui sont spécialement chargés de cette convocation. Comp. Langenstein, *loc. cit.* c. 15 ; Conrad de Gelnhausen, *Tr. de congregando concilio tempore schismatis* (Martene, *Thesaur*, II, p. 1200).

cice de ce pouvoir appartient en commun au Pape et au concile (189). Quand ces divers auteurs cherchent à préciser la nature des relations du Pape et du concile, on constate entre eux de nombreuses divergences. Mais ils sont d'accord pour attribuer au Pape l'exercice ordinaire du pouvoir suprême, constitué sous la forme monarchique et pour attribuer au concile un pouvoir plus indépendant et plus étendu, dont l'objet est de régler, de corriger, et au besoin de remplacer le gouvernement pontifical (190).

(189) Zabarella, *De schism.* p. 703, et au c. 6, X. 1, 6, nº 16 : *id quod dicitur quod papa habet plenitudinem potestatis, debet intelligi non solus sed tanquam caput universitatis* : *ita quod ipsa potestas est in ipsa universitate tanquam in fundamento, sed in ipso tanquam ministro, per quem haec potestas explicatur.* Petr. Alliac. *de pot eccl.* (Gerson, *Op.* II, pp. 949 et suiv.).: la plénitude du pouvoir ecclésiastique se trouve « *in papa tanquam in subjecto ipsam recipiente et ministerialiter exercente, ...in universali ecclesia tanquam in objecto ipsam causaliter et finaliter continente ...in generali concilio tanquam in exemplo ipsam repraesentante et regulariter dirigente* ». En ce qui concerne Gerson (*De pot. eccl.*) voir la note suivante. Theod. a Niem, *De schismate.* L'opinion la plus avancée est exprimée par Randuf, *De mod. un.*, surtout au c. 2 : d'après lui, c'est l'Église Universelle qui a reçu de Dieu le pouvoir des clefs, et l'Église Romaine ne peut l'exercer qu'en tant que ce droit lui a été concédé par l'Église universelle.

(190) Voir la note précédente. La discussion la plus approfondie sur la nature du pouvoir ecclésiastique se trouve dans Gerson, *De pot. eccl.* (*Op.* II 225 et suiv., Gold. II 1384 et suiv.). Ce pouvoir, conféré par un mandat du Christ (c. 1), doit, dans chacune de ses parties constitutives (*ordo* et *jurisdictio*, c. 2-5), être considéré à un triple point de vue (c. 6) *In se formaliter et absolute* (c'est-à-dire envisagé abstraitement, au point de vue de son essence), il est fixé d'une façon immuable et indestructible dans l'Église, nom sous lequel on désigne le système complet de toutes les fonctions essentielles : la Primatie, étant simplement l'une de ces fonctions, se trouve comprise dans ce système comme une partie dans le tout (c. 7). *Respective et quodammodo materialiter* (c'est-à-dire au point de vue du « Sujet » apte à l'exercer), ce pouvoir appartient aux personnes qui sont chargées de ces fonctions, et c'est à ce titre qu'il appartient au Pape, mais il peut, en cas de besoin, être transféré à une autre personne c. 8). *Quoad exercitium et usum* (c'est-à-dire au point de vue de l'exercice lui-même), ce pouvoir est réparti entre les différents organes, suivant la constitution de l'Église, et c'est-à ce point de vue qu'il peut être soumis au plus grand nombre de transformations et de restrictions (c. 9). Le premier de ces trois points de vue est le seul dans lequel le pouvoir vienne directement du Christ; dans les deux autres points de vue il ne vient du Christ que « *mediante homine* ». — Ce pouvoir est donc divisé entre les divers organes ecclésiastiques, mais sa « plénitude » existe à la fois dans le Pape et dans l' « *ecclesia synodaliter congregata* ». Dans celle-ci cette

Le concile doit donc coopérer aux actes de gouvernement les plus importants, rectifier les abus de pouvoir du Pape et, en certains cas, le juger, le déposer ,et même lui infliger des châtiments corporels (191). Bien qu'en temps normal ce soit le Pape qui convoque le concile, celui-ci, pour exercer ces droits, peut s'assembler et se constituer de lui-même, en vertu de sa toute-puissance, sans l'assentiment et même contre la volonté du Pape (192). Quand le Saint-

plénitude est plus anciennement et plus complètement réalisée, à quatre points de vue différents (*ratione indeviabilitatis*, *extensionis*, *regulationis generalis extensionis*). Il est vrai que cette plénitude existe dans le Pape « *formaliter et monarchice* »; mais elle se trouve dans l'Église comme dans sa cause finale (*in ecclesia ut in fine*), et comme dans la détentrice de l'autorité « ordinative, régulative et supplétive ». Cette plénitude est donc exercée par le Pape, tandis que le concile « *usum et applicationem regulat* », et « *mortuo vel ejecto papa supplet* » (c. 10-11,; et «concordia *quod plenitudo eccl. pot. sit in summo pontifice* et *in ecclesia*, *Op.* II p. 259 et Goldast, II. p. 1405). D'autre part, en ce qui concerne la *latitudo*, le pouvoir ecclésiastique appartient à toutes les fonctions, et au plus haut degré à celle du Pape, mais seulement en tant que celui-ci respecte d'abord les pouvoirs indépendants qui lui sont subordonnés, et ensuite le pouvoir du concile, dans lequel tous les pouvoirs particuliers sont réunis. (Ne pas se fier absolument au compte rendu de la Trichotomie de Gerson qui se trouve dans Hubler, pp. 385 et suiv.).

(191) Zabarella, *De schism.*, pp. 703, 709, et c. 6, X. 1, 6, nos 15-20 : l' « *ipsa universitas totius ecclesiae* » doit coopérer aux actes importants, décider si l'administration est bonne ou mauvaise, mettre en accusation et prononcer la déposition; elle ne peut jamais valablement aliéner ses droits en faveur du Pape. Gerson, *De auferibilitate papae* (Op. II, p. 209 et Gold. II, p. 1411) cons. 10 et 12-19, *De unitate eccl.* (*Op.* II, p. 113), *De pot. eccl.* c. 11 (comp. aussi *Op.* II, p. 275) : d'après lui, l'Église, ou le concile général qui la représente, doit réprimer les abus de pouvoir et exercer une action directrice ou modératrice; elle ne peut déposer le Pape, et en ce cas, son rôle n'est pas simplement déclaratif (*conciliative aut dictative vel denuntiative*), mais il est constitutif (*auctoritative*, *judicialiter et juridice*); elle a même le pouvoir d'emprisonner le Pape ou de le mettre à mort; et Aristote, de son côté, enseigne que toute *communitas libera* a ce même droit inaliénable vis-à-vis de son *princeps*. Voir aussi Randuf, c. 5 et 9; Pierre du Mont de Saint-Michel, dans Hübler, p. 380, et les discussions qui eurent lieu à Constance, *ib.* 101-102 et 262.

(192) Petr. Alliac. *Propos. util.* (Gerson, *Op.* II p. 112) : le droit du concile de se réunir de lui-même est déduit à la fois du pouvoir qui lui en a été conféré par le Christ, et, (d'après la théorie d'Occam), du droit naturel de chaque *corpus civile seu civilis communitas vel politia rite ordinata* de se réunir de lui-même pour maintenir son unité. (Une expression différente se trouve plus haut, *ib.* I p. 661-662.) Randuf. c. 3 (p. 164). Gerson formule son opinion avec plus de réserves : *Propos.* (*Op.* II, p. 123)

Siège est vacant, le concile, en vertu de sa *potestas suppletiva*, prend lui-même la place du monarque, dont il peut exercer les droits souverains, soit directement, soit par l'intermédiaire de vicaires (*per se ipsum vel per organum aliquod vice omnium*) (193). En principe l'élection du Pape appartient au concile en tant qu'il représente l'Église, et quand, suivant l'usage, les cardinaux remplissent cette fonction, ils ne sont que les représentants du concile (194). Cependant on essaie souvent de donner au collège des cardinaux une situation indépendante et d'en faire un troisième organe de l'Église, intermédiaire entre le Pape et le concile (195). Gerson et d'Ailly croient même pouvoir ainsi réaliser dans l'Église l'idéal d'une constitution qui réunirait les trois formes de gouvernement recommandées par Aristote, le Pape représentant la monarchie, le collège des cardinaux l'aristocratie, et le concile la démocratie (196). Mais en réalité, malgré des

De un. eccl. (*ib.* 113), *De aufer. pap.* (c. 11, *ib.* 211) et *De pot. eccl.* (*ib.* 249. Zabarella, *De schism.*, pp. 689-694, attribue le droit de convocation en premier lieu aux cardinaux, et, si ceux-ci font défaut, à l'Empereur « *loco ipsorum populorum* »; en effet, l'Empereur « *repraesentat totum populum Christianum cum in eum translata sit jurisdictio et potestas universi orbis* »; mais, en dernier ressort, le Concile peut s'assembler de lui-même, conformément aux règles du Droit Corporatif.

(193) Gerson, *De pot. eccl.* c. 11. Zabar. *De schism.*, pp. 688-689 : il déclare que ce principe doit s'appliquer en cas de schisme, car alors le Saint-Siège est *quasi-vacans*. Domin. Gem. Cons. 65, nº 7.

(194) *Octo conclusiones per plures doctores in Italiae part. approb.* ann. 1409 (Gers. Op. II, p. 110) : *veri cardinales in electione papae vices gerunt universalis ecclesiae Christianae.* Zabarella, c. 6, X. 1, 6, nº 9, et Panorm. eod. c. nº 15. D'après Gerson (*Op.* II, pp. 123, 193), le Concile peut aussi « *statuere alium modum eligendi papam* ». D'après Randuf (c. 9), le Concile peut faire lui-même cette élection.

(195) *Octo concl. loc. cit.*, Gerson, *De pot. eccl.*, c. 7 et 11. Petr. Alliac. *De pot. eccl.* II c. 1. Hübler, p. 74, et les Décrets de réforme cités *ib.* pp. 129 et 218.,

(196) Gerson, *De pot. eccl.* c. 13 : l'organisation du pouvoir ecclésiastique doit participer à l'harmonie universelle et à la « *pulchra ordinis varietas* » des *jura, leges, jurisdictiones et dominia* : sa constitution doit donc réunir les trois formes du gouvernement recommandées par Aristote; mais ces trois formes peuvent dégénérer, même dans l'Église. Petr.

divergences apparentes dans l'expression, nous trouvons chez tous ces auteurs la même théorie de la souveraineté absolue du concile qui représente l'Église Universelle. Tous les autres pouvoirs ecclésiastiques apparaissent, en dernier ressort, comme de simples délégations de cette assemblée souveraine, aux décisions de laquelle les autres organes de l'Église doivent une obéissance inconditionnelle; et cette assemblée, en cas de conflit, représente seule l'Église et se trouve « au-dessus » du Pape (197). La loi divine, qui fixe la limite de tout pouvoir, est généralement considérée comme la seule limite qui soit fixée à l'omnipotence du concile. Aussi Gerson, qui admet l'origine divine de la constitution monarchique de l'Église, en tire-t-il cette conséquence que la Papauté, en tant qu'institution, doit rester intangible même pour le concile (198). Par contre, les auteurs qui admet-

Alliac. *De pot. eccl.* II, c. 1 (II, p. 946); l'Église doit avoir la meilleure des constitutions, et, par suite « *regimen regium, non purum, sed mixtum cum aristocratia et democratia* ».

(197) Zabar. *De schism.*, pp. 703, 709. *Octo concl.*, *loc. cit.* : tous les autres pouvoirs ont la nature de simples délégations. Pierre du Mont de Saint-Michel, ann. 1406, dans Hübler, p. 380. Gerson, *De uni.. eccl.* (II, p. 113) ; *Tract. quomodo et an liceat*, etc. (*ib.* 303 et Gold. II, 1515); *De pot. eccl.* c. 7 et 11 : le Pape est seulement un *membrum* du *corpus ecclesiae*, et il n'est pas plus supérieur à l'Église qu'une partie n'est supérieure au tout; bien plus « *si generale concilium repraesentat universalem ecclesiam sufficienter et integre, necesse est ut includat auctoritatem papalem, sive papa sit sive desierit esse per mortem naturalem aut civilem* »; dans le concile doivent également être inclus les pouvoirs des cardinaux, des évêques et des prêtres. Randuf ne veut reconnaître au Pape rien de plus que le pouvoir « qui lui est concédé par l'Église Universelle », c'est-à-dire une « *potestas quasi instrumentalis et operativa seu executiva* » (c. 2); le concile est absolument supérieur au Pape, qui lui doit une obéissance inconditionnelle (c. 9); la souveraineté du concile est inaliénable, et le Droit Canon ne peut valablement enseigner un principe contraire (c. 17; comp. c 23). Voir encore le fameux décret de la Session V du Synode de Constance, et, à ce sujet, Gerson, II, p. 275.

(198) Gerson, *De pot. eccl.* : la « *congregatio totius universitatis hominum* » pouvait bien établir l'Empire, mais elle ne pouvait pas, sans l'aide du Christ, poser les bases de la constitution de l'Église (c. 9); l'Église est un système de fonctions publiques, parmi lesquelles la Papauté, qui ont été instituées par le Christ et sont indestructibles (c. 7 et 9); la fonction de la Papauté peut être modifiée et même inutilisée pendant quelque

tent l'origine purement historique de la Primatie pontificale permettent au concile de modifier à sa convenance le régime monarchique ou même de le supprimer (199).

La théorie de Nicolas de Cusa. — Mais c'est dans Nicolas de Cusa qu'on trouve développées avec la plus grande variété de points de vue les conséquences de l'application à l'Église du principe de la souveraineté du peuple. Il considère en effet ce principe comme une règle imprescriptible qui s'applique au droit divin aussi bien qu'au droit naturel, car il maintient un parallélisme complet entre l'Église et l'État (200). A ses yeux le droit de l'Église a pour « sujet » le corps entier de cette communauté, qui seule a reçu un mandat de Dieu (I c. 12-17), et cette proposition est vraie pour l'Église Universelle aussi bien que pour les églises particulières. Aussi en est-il de l'Église comme de l'État, et toute autorité est-elle basée sur l'adhésion volontaire et sur la soumission (II c. 13-14). Il est vrai que, Dieu coopérant avec l'homme à l'institution des pouvoirs ecclésiastiques, chacun de ceux-ci émane de Dieu (II c. 19) : mais la volonté divine n'intervient directement que pour accorder la grâce; c'est donc en toute liberté que les hommes abdiquent leur autonomie en vue d'instituer un pouvoir de coercition (II c. 34), et le droit divin de tout office, y compris la Papauté, n'a pas d'autre caractère que celui qui appartient à toute magistrature temporelle (I c. 16, II c. 13 et 34). Pour que la volonté collective (*communis consensus*), qui opère le transfert des pouvoirs, se fasse sentir à tous les degrés du gouvernement, le moyen qu'on emploie est l'élection (II c. 14, 18-

temps (c. 8), mais, en tant qu'institution, la Papauté est indestructible (c. 11). Comp. *De auferib. pap.*, c. 8 et 20, où se trouve précisément établie une distinction entre la constitution de l'Église et les constitutions civiles. Voir aussi *Op.* II, pp. 130, 146, 529-530, et IV, p. 694.

(199) Voir Randuf, *loc. cit.*, c. 5.

(200) Dans la *Concordantia catholica*. Voir aussi, du même auteur, *De auctor. praes.* dans Dux, I. pp. 475 et suiv.

19). C'est par l'élection qu'on désigne les chefs des communautés particulières de tous les degrés, qu'ils soient curés, évêques, métropolites ou patriarches; ils représentent la communauté placée sous leur juridiction, et, réunis en concile, ils sont le symbole visible de chacune des églises particulières, c'est-à-dire, en fin de compte, de l'Église Universelle (II. c. 1, 16-19). Aussi les conciles, de quelque degré qu'ils soient, reçoivent-ils leur autorité, non de leurs chefs, mais du *communis consensus omnium* (II c. 8 et 13, Il s'ensuit que le concile œcuménique, représentant l'Église infaillible (II c. 3-7), est supérieur au Pape (II c. 17-34), indépendant de son autorité (II c. 25), et qu'en cas de besoin il peut se réunir de son propre gré et délibérer sans le Pape (II c. 2 et 8). En vertu du caractère représentatif que leur donne l'élection, les conciles ont en premier lieu le droit d'exercer le pouvoir législatif. En effet, puisque la force obligatoire des lois réside uniquement dans la *concordantia subjectionalis eorum qui per eam legem ligantur*, et puisque les Décrétales Pontificales et les Statuts Provinciaux n'ont pas d'autre source que le *communis consensus*, il en résulte que toujours les préceptes canoniques tirent leur validité, soit d'une acceptation tacite impliquée par l'usage, soit du consentement exprès de la communauté (II. c. 8-12). Sur le mandat que confère l'élection reposent encore les pouvoirs de juridiction et d'administration de tous les prélats. En vertu de ces pouvoirs, les prélats dirigent les communautés et président les assemblées, mais ils sont tenus d'exécuter les décisions de ces assemblées et de leur rendre compte de la manière dont ils ont exercé l'office qu'elles leur ont confié (II c. 2, 13-15). Il en est de même pour le chef suprême de l'Église. Lui aussi doit sa place à une élection, qui est faite par les cardinaux *nomine totius ecclesiae*. Et, bien que la puissance divine intervienne pour autoriser et confirmer cette élection, l'autorité du Pape a cependant pour condition la soumission

volontaire de l'Église Universelle. Aussi ne peut-il avoir d'autre pouvoir que ceux d'administration et de juridiction qui lui ont été transférés par l'Église (II c. 13-14, 34). Le Pape est donc soumis aux obligations et aux limites que lui imposent les lois (II. c. 9-10, 20). Semblable à cet égard à un roi, il est supérieur à chacun des individus du peuple, mais il est le serviteur de ce peuple pris dans son ensemble (II c. 34). Ses relations avec le concile œcuménique sont identiques à celles du métropolite avec le concile provincial (II c. 12), et il peut être jugé par ce concile œcuménique (II c. 17-18). Cependant Nicolas de Cusa, comme Gerson, déclare que, dans la constitution de l'Église, le gouvernement monarchique est un principe essentiel, imposé par la volonté divine (I c. 14). Entre la base démocratique et le sommet monarchique, il cherche à introduire un élément aristocratique; celui-ci doit être formé, dans l'Église Universelle, par les cardinaux considérés comme des délégués provinciaux, et, dans les églises particulières, par les chapitres (II c. 15). Nicolas de Cusa établit un lien organique entre cette constitution de l'Église et la constitution de l'Empire qui lui est parallèle. D'une part, chaque seigneur sur son territoire, et l'Empereur sur le territoire de toute la chrétienté, doivent veiller au bien de l'Église en convoquant les conciles et en prenant part à leurs votes (III c. 8-11 et 13-14). D'autre part, le clergé doit participer aux assemblées provinciales et impériales. Et ces assemblées mixtes — où le pouvoir ecclésiastique est représenté à côté du pouvoir temporel — doivent être compétentes pour règler les affaires dans lesquelles ces deux pouvoirs ont des intérêts (III c. 12, 25 et 35).

Réaction contre l'idée de la souveraineté du peuple. — C'est cette même idée d'une souveraineté collective, basée sur le droit naturel, qui soutient les théories du droit canon de Grégoire de Heimburg, d'Almain,

d'Aeneas Sylvius dans ses débuts, et d'autres écrivains postérieurs (201). Ceux des canonistes qui prennent le parti des Conciles soutiennent les propositions les plus modérées de ce système et emploient à cet effet la doctrine des corporations (202). Même la théorie constitutionnelle d'Antonius Rosellus, malgré ses tendances nettement monarchiques qu'elle appuie sur le Droit Positif, est entièrement pénétrée de l'idée de la souveraineté du peuple dans l'Église (203). Aussi la première

(201) Grégoire de Heimburg dans les polémiques qu'il soutient au sujet de l'archevêché de Brixen. (Sur cette question, voir Brockhaus, *Gregor. v. Heimburg*, pp. 149-259, ou, en anglais, Creighton, *Papacy*, III, 237 : Nicolas de Cusa et Grégoire de Heimburg y furent mêlés, et le siège pontifical était alors occupé par Aeneas Sylvius sous le nom de Pie II). Suivant Grégoire de Heimburg, le Concile seul représente l'Église éternelle, constante et infaillible; le concile réalise l'unité de l'Église sous une forme démocratique et est supérieur au chef monarchique (Gold. II, pp. 1604 et suiv., 1615 et suiv., 1626 et suiv.). Le concile tient immédiatement du Christ sa supériorité sur le Pape en matière de foi, d'unité et de réforme (*ib.* 1591). On peut en appeler du Pape au concile, de même qu'à Rome on pouvait en appeler du Sénat au Peuple (*ib.* 1583, 1589, 1591, 1595, 1627); et cet appel ne peut être valablement interdit par le Pape (*ib.* 1591 et 1628). Quand il n'y a pas de concile en session, l'appel est adressé au prochain concile. L'Église doit en effet se réunir tous les dix ans, et donner ainsi une expression visible à son autorité, qui dans l'intervalle des sessions est « dormante » et dispersée entre toutes les églises sur la surface du globe (*ib.* 1580 et suiv., 1587 et suiv., 1591 et suiv.). — Comp. Almain, *Expos. ad octo.* qu. I, c. 15 et *Tract. de auctor. eccl. et conc. gen.* (Gers., *Op.* II, pp. 977 et suiv.) : l'Église est une monarchie limitée, dans laquelle le concile étant supérieur au Pape *ratione indeviabilitatis*, peut le mettre en jugement, recevoir de lui des appels, restreindre ses droits par une législation précise, le déposer, etc. — Aeneas Sylvius, *Comment. de gestis Basil. concilii libr.* II : poursuit jusqu'au bout la comparaison avec les relations qui existent entre le roi et le peuple.

(202) Comp. Ludov. Rom. Panorm. (par exemple au c. 2 X 1, 6 nº 2 : *potestas ecclesiastica* est in papa et in total ecclesia, *in papa ut in capite, in ecclesia ut corpore*; c. 3 eod. nºˢ 2-4; c. 6 eod. nº 15; c. 17 X, 1, 33 nº 2) Decius (par exemple c. 4 X 1, 6 nº 1-22, c. 5 eod. nº 3; cons. 151), Henri de Brouhic (par exemple c. 6 X 1, 6), Marcus (par exemple dec. I qu. 935), etc.

(203) Le Pape, en tant que monarque (*caput*), est supérieur au concile : mais, du moment où il prescrit quelque chose contre la foi, ou contre le bien de l'Église, ou au delà de ses attributions, il devient inférieur au concile, qui le juge et qui reçoit ses appels (II, c. 13-22 et III c. 16-17). Bien que le Pape ait normalement la *plenitudo potestatis* et que son avis passe avant celui de « tout le corps mystique » cependant le *judicium universalis concilii* a le premier rang « en matière de foi, ou de schisme,

réaction scientifique qui se produisit en faveur de la Papauté, sous la direction de Torquemada, commenca-t-elle par la négation du principe de la souveraineté du peuple, dont on chercha à démontrer l'impossibilité et la fausseté radicale (204).

Les droits des laïcs dans l'Eglise. — La violente transformation qui se produisit alors dans la théorie constitutionnelle de l'Église ne permit pas d'appliquer toutes les conséquences importantes qu'entraînait le principe de la souveraineté du peuple. Le mouvement que dirigeait le parti conciliaire respecta la situation acquise, en vertu de laquelle les laïcs n'avaient pas de droits dans l'Église. C'est tout au plus si l'on proposa d'accorder aux magistrats temporels un rôle secondaire et passif dans le règle-

ou quand le bien de l'Église universelle est en question », et cela, même pour une question d'intérêt secondaire comme la nomination aux offices (III, c. 26-27). Le concile a tous les pouvoirs quand il n'y a pas de Pape, ou qu'il y en a plusieurs, ou que le Pape est hérétique (II, c. 24). L'élection du Pape appartient à l'Église universelle, qui en a chargé les cardinaux (I, c. 48). En temps normal, c'est du Pape qu'il dépend de convoquer ou d'autoriser le concile (III, c. 1 et 3), mais il est obligé de faire cette convocation chaque fois qu'il se présente une affaire difficile, qui concerne toute l'Église, ou quand le Pape lui-même doit être mis en jugement (*ib.* c. 2). S'il manque à sa tâche, les Cardinaux, l'Empereur, ou même n'importe quel clerc ou laïc peuvent convoquer un concile, qui se constitue alors de sa propre autorité (II, c. 4 et 24, III. c. 3). Tout le monde a le droit de résister ou de faire défection au Pape qui a été condamné, ou au Pape qui empêche ou qui dissout un concile dont il a à craindre une condamnation (II, c. 23, 26-30, III, c. 4-6). Pour régler les affaires mixtes, il faut que des « conciles mixtes », auxquels l'Église devra se soumettre, soient convoqués sur l'initiative commune du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel (III, c. 15-18 et 21-22).

(204) Turrecremata, *De pol. pap.*, c. 38. De même Nicolas de Cusa dans ses derniers temps (*Op.* 825-829) : pour lui la pluralité doit son existence à l'unité, comme le corps doit son existence à la tête. — Après comme avant la réaction en faveur de la Papauté, les partisans du Pape eux-mêmes reconnaissent la supériorité du concile « en matière de foi ou de schisme » (*contentio de papatu* et *causa contra papam*); ils déclarent, il est vrai, que c'est à titre exceptionnel; voir, par exemple, Card. Alexandrinus c. 3 D. 21, c. 1 D. 23, Summa, et c. 1, D. 15; Domin. Jacobatius Card. *De consiliis*, surtout IV a. 7, nos 29-31, et VI a. 3 nos 41 et 58-60 comp. avec VI a. 3, no 61; de même Petrus de Monte et Turrecremata, dans Schulte, *Geschichte*, II, pp. 319 et 327.

ment et la discussion des affaires ecclésiastiques, mais en réservant au clergé le rôle actif (205 *a*), Gerson s'attache à une idée de l'Église qui est extrêmement « institutionnelle » (*anstaltlich*) (c'est-à-dire qui donne à l'Église le caractère d'une institution plutôt que d'une association) (205 *b*). En effet, suivant sa définition, l'Église Universelle, considérée dans sa puissance active, serait la somme des fonctions essentielles qui ont été instituées par Dieu (206). Il a beau insister d'autre part sur l'idée que l'Église est une association et que tous ses pouvoirs doivent appartenir à la « congrégation des fidèles », néanmoins, comme il admet que cette « congrégation » est parfaitement et absolument représentée par un concile composé de clercs, il rend par là même impossible que les droits purement passifs des laïcs soient transformés en droits actifs (207).

Les magistrats temporels considérés comme les représentants des laïcs. — Cependant, à ce point de vue comme à d'autres, on voit dès le Moyen Age apparaître quelques

(205 *a*) En ce qui concerne la part que peuvent prendre au concile les députés des princes, des villes et des universités, voir Hübler, p. 119 note 3, p. 120, note 5, et Voigt, *Enea Silvio*, I, pp. 102 et suiv. Gerson, *De pot. eccl.* (II, p. 250), n'accorde aux laïcs que des voix consultatives. Nicolas de Cusa lui-même ne leur attribue de voix réelle qu'à certaines conditions, mais il permet à tous les paroissiens de prendre part aux synodes paroissiaux, et à tous les laïcs de coopérer à l'élection des curés et des évêques (II, c. 16, III, c. 8-24).

(205 *b*) [Pour comprendre cette distinction qui est établie, en droit allemand, entre l'*Anstalt* et la *Genossenschaft*, et, en droit anglais, entre la *corporation aggregate* et la *corporation sole*, nous pouvons opposer l'idée de l'Église en tant que *congregatio fidelium* à l'idée de l'Église en tant que système d'offices personnifiés.]

(206) Gerson, *Propos. coram Anglicis*, ann. 1409 (*Op.* II, pp. 128-130), *De auferib. papae* (*ib.* 209 et suiv.), *De pot. eccl.*, c. 7 et 9, *Sermo in Op.* II, pp. 436 et suiv. De même Petr. Alliac. (*ib.* I, pp. 666 et suiv. et 690) et Nic. Cus. I, c. 7-10 et II, c. 19, considèrent le clergé (*sacerdotium*) comme la marque distinctive et essentielle de l'Église. Sur Heinrich v. Langenstein, voir sa biographie par O. Hartwig, I, pp. 56-57.

(207) Ainsi par exemple dans Randuf, *De mod. un.* dans Gerson, *Op.* II, pp. 161 et suiv.

précurseurs de la Réforme. De même qu'il se trouva toujours des auteurs pour soutenir que le sacerdoce devrait être exercé par tous les fidèles, de même il y eut toujours des auteurs qui mirent le principe de la communauté à la base de leurs théories de la constitution ecclésiastique. Mais ce qui est remarquable, c'est que l'introduction de la magistrature temporelle dans l'Église était déjà postulée par les théories les plus avancées; en effet celles-ci, au lieu de réclamer une organisation indépendante pour les communautés ecclésiastiques (paroisses, etc.), admettaient que ces communautés étaient représentées par les pouvoirs politiques constitués.

Marsile de Padoue et le rôle des laïcs. — C'est dans le *Defensor Pacis* de Marsile de Padoue que se trouve exposée pour la première fois la théorie qui considère l'Église comme la Corporation des fidèles (*universitas fidelium*), parmi lesquels les laïcs, assimilés à de véritables *viri ecclesiastici*, jouent, eux aussi, le rôle de membres actifs. Entre le Spirituel et le Temporel il n'y a donc, pas une différence « personnelle », mais seulement une différence « réelle » (II. c.2). Les clercs se distinguent des laïcs par le sacerdoce. Or, celui-ci confère certaines facultés d'ordre spirituel, mais, il ne donne ni le pouvoir d'exercer une contrainte extérieure, ni aucun privilège au point de vue de l'administration ou de la juridiction (II c. 3-10, III c. 3, 5, 13-14). Les pleins pouvoirs que Dieu a confiés à la communauté des fidèles doivent donc être exercés par un concile général (II c. 7, 18, 20, 22), composé de tous les fidèles, y compris les laïcs, ou de leurs députés (II. c. 20, III c. 2). Mais cette communauté des fidèles est partout représentée par le *legislator humanus* (assemblée nationale), et par le *principans* (souverain temporel) qui agit en vertu d'une autorisation de cette assemblée. C'est à eux qu'il appartient de convoquer le

concile, d'en désigner les membres, d'en diriger et d'en clore les débats, et d'en faire exécuter les décisions en employant la force et en infligeant des pénalités (II c. 28, 21, III, c. 33).

Occam et le rôle des laïcs. — Occam accorde aux laïcs des droits encore plus étendus. Il part en effet de ce principe que l'Église Universelle est la Congrégation des Fidèles, et que, malgré la prétention des canonistes de la restreindre aux membres du clergé, elle doit, pour se conformer à l'Écriture Sainte, comprendre aussi les laïcs (Dial. 1.5, c. 29-31). Il expose ensuite en détail que, l'Église Universelle ayant seule reçu la promesse de l'infaillibilité, le Pape, les cardinaux, l'Église romaine, tout le clergé, toute la partie masculine et même toute la partie raisonnable des membres de l'Église — toutes ces personnes étant simplement *pars ecclesiae* — peuvent perdre la vraie foi, qui se retirerait dans le reste de l'Église, et peut-être même chez les femmes et les enfants (208). Il en résulte que les laïcs, eux aussi, ont le droit de dénoncer un pape coupable d'hérésie, et même de le punir s'ils en ont le pouvoir (*Dial.* I, 5 c. 30-35). Les laïcs peuvent également convoquer un concile général et y prendre part ; et même (bien que l'étudiant du *Dialogue* d'Occam trouve cette proposition absurde), les femmes devraient y être admises, si leur concours était de quelque utilité (*Dial.* I, 6, c. 85). Occam ne voit rien d'impossible à la réalisation de cette doctrine dans le concile œcuménique, qui pourrait être composé de la façon suivante : dans un délai fixé chaque communauté aurait à élire des délégués, parmi lesquels les synodes épiscopaux et les parlements temporels auraient à choisir un certain nombre de députés,

(208) Occam, *Dial.* I, 5 c. 1-35. Ce raisonnement se retrouve presque mot à mot dans Pierre d'Ailly (Gers. *Op.* I, pp. 661 et suiv.) mais il n'en déduit pas, pour les laïcs, le droit de jouer un rôle actif dans la constitution de l'Église. Comp. Randuf. c. 3.

qui seraient envoyés au concile; celui-ci serait donc la représentation effective de l'*Universitas Fidelium* dont il réunirait en lui tous les pouvoirs, comme le font les assemblées générales des autres communautés ou corporations (*Dial.* I, 6 c. 57, 84 et 91 — 100; *Octo* qu. III c. 8). Les seuls droits spirituels (*jura spiritualia*) dont Occam consente à exclure la société laïque sont ceux qui ont leur origine dans l'*Ordo* ou l'*Officium divinum*; mais à son avis les laïcs peuvent exercer tous les droits spirituels qui ont pour objet le bien de l'Église (*propter communem utilitatem ecclesiae*). En particulier, d'après le *jus naturale*, le *jus gentium* et peut-être aussi le *jus divinum*, les laïcs ont le droit de prendre part aux élections épiscopales et pontificales, et ils n'en sont exclus qu'en vertu d'arrangements purement humains, qui ont un caractère temporaire. Le droit primitif des laïcs rentre donc en vigueur dès qu'on constate l'absence des facteurs qui leur ont été substitués par le Droit Positif. C'est ainsi qu'en cas d'hérésie, de schisme, ou d'ajournements injustifiés de la part des Cardinaux, le droit d'élire l'évêque de Rome appartient en principe aux Romains, sans distinction du clergé et du peuple, ou encore à « tous les catholiques » (209). Cependant Occam attribue à l'*Imperator Romanus catholicus* l'exercice de ce droit, ainsi que d'autres droits qui appartiennent également à toute la Communauté; la raison qu'il en donne est que l'Empereur, comme chef suprême de la Chrétienté, peut agir *vice omnium*, au nom et avec le mandat de tous, et spécialement des Romains (210). Et ainsi Occam se joint à d'autres auteurs pour introduire dans l'Église la magis-

(209) Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 3, c. 4-15 : il réfute les opinions d'après lesquelles ce droit n'appartiendrait qu'aux chanoines, ou au clergé, ou à l'Empereur.

(210) Occam, *loc. cit.*, c. 5, 7, 12 (*vice omnium eligeret*) : ni comme Empereur (c. 2, 3, 13), ni en vertu de l'autorité du Pape (c. 5, 7). Comp. *Octo* qu. IV, c. 6; de même III, c. 8 et I. c. 17.

trature temporelle, qui doit y représenter la société laïque (211).

VII. — L'IDÉE DE LA REPRÉSENTATION.

La constitution représentative. — C'est à ces vives disputes au sujet du droit du souverain et du droit de la communauté que la doctrine du Moyen Age doit l'idée de la représentation dans une monarchie constitutionnelle. On admet partout que le principal objet du Droit Public doit être de régler la question du partage des pouvoirs, car dans chaque pouvoir politique on distingue de plus en plus nettement la compétence spéciale que la constitution donne à cette partie de la Société de « représenter » l'ensemble du corps social. Il faut donc qu'en ce qui concerne chacun des détenteurs du pouvoir, on établisse une distinction théorique entre sa personnalité individuelle et sa personnalité sociale, entre son droit particulier et son droit public, entre ses actes privés, qui ne concernent que l'individu, et ses actes officiels qui, en vertu de la constitution, obligent tout le corps social. Mais sur tous ces points la doctrine de l'État coïncidait avec la doctrine des Corporations, ce qui permit souvent aux publicistes d'emprunter purement et simplement aux juristes les notions que ceux-ci avaient élaborées dans leur théorie des Corporations.

Caractère représentatif de la Monarchie. — En premier lieu, la doctrine du Moyen Age donne au monarque un caractère représentatif. Quelque élevé que fût le rang auquel le pouvoir monarchique était monté, on n'avait pas cessé, nous l'avons vu, de considérer l'exercice de

(211) Occam. *Octo* qu. III, c. 8, *Dial.* I, 6 c. 85, 91-100. De même Wyclif et Hus, en supprimant toute séparation entre le clergé et les laïques, finissent par placer le pouvoir ecclésiastique entre les mains de l'État. Voir Lechner, Johan v. Wiclif, I pp. 566 et suiv., et 597 et suiv.

l'autorité (*Herrschaft*) comme une fonction publique (*Amt*). A cet égard le Pape et l'Empereur étaient traités exactement comme n'importe quel président d'une corporation. Partout, il est vrai, on reconnaissait que le souverain pouvait avoir, légitimement et à titre personnel, un droit à l'autorité : mais on était également unanime à reconnaître que ce droit l'appelait simplement à revêtir, à titre temporaire, une *dignitas* qui, elle, était impérissable; et dans cette *dignitas* la fonction du souverain était représentée d'une façon objective, comme une sphère de pouvoir définie par la constitution (212).

La capacité politique. — Ce n'est donc pas en tant que personne humaine, mais en tant que détenteur temporaire

(212) Dans une autre partie du *Genossenschaftsrecht* (III, § 8, notes 73-78), est indiquée la théorie d'après laquelle, quand le détenteur d'un office exerce ses fonctions, il représente la personnalité juridique de la *dignitas* dont il est revêtu. Il faut donc distinguer la « *delegatio facta personae* » de la « *delegatio facta* dignitati », car celle-ci se transmet au successeur du dignitaire actuel. Goffr. Tran. *De off. jud. del.* nº 29 : « *quia dignitas non perit decedente persona, unde imperium in perpetuum est* ». La dignité ainsi personnifiée doit être considérée comme une corporation d'une nature spéciale, dont les membres se succèdent dans le temps au lieu d'être simultanément réunis. C'est ce qu'exprime la fiction en vertu de laquelle les individus qui occupent successivement la même fonction ne forment qu'une seule personne. Innoc. c. 28, X 1, 6, nº 5 : *finguntur enim eaedem personae cum praedecessoribus*. Gl. au c. 17, X 2, 2 v. « *contra* » : *quia una persona intelligitur*; au c. 36, X 1, 3 v. « *viveret* » : *et finguntur una persona antecessor et successor, quia contra dignitatem impetratae intelliguntur, quae non moritur*. Baldus, Rubr. c. 10, 1, nºs 11, 13, 14 (*dignitas... vice personae fungitur*); cons. III c. 159 nºs 3-5 (c'est à l'État que se ramène l'immortalité de la *dignitas ipsa*); Jason, Cons. III c. 10; Domin. Gem. Cons. 93, nº 2 et surtout Cons. 64 (sur les rapports qui unissent la *privata persona* et la propriété privée du Pape à la personne et à la propriété du Saint-Siège : il s'agit d'une mître que Jean XXIII, après sa déposition, refusait de remettre au Pape légitime Martin V : on déclare que cet objet appartient au Saint-Siège, qui prend ainsi la qualité de « Sujet ».)

[La même idée, comme M. Maitland le fait remarquer, se retrouve en Angleterre dans la théorie juridique en vertu de laquelle les seigneuries, les dignités et les offices sont représentés d'une façon objective, comme des « choses incorporelles », qu'on suppose avoir une existence permanente et indépendante des actes de leurs détenteurs. Les hommes peuvent avoir des droits sur ces « choses », mais celles-ci sont considérées comme des parties du pouvoir public, dont l'attribution relève de la constitution.

d'une dignité impérissable, que le monarque a à exercer les droits et à remplir les devoirs de l'autorité suprême. Dans la limite de ses pouvoirs constitutionnels, il représente le corps entier dont il est la tête. Aussi est-on unanime à reconnaître, dans l'Église, que le Pape n'est pas lui-même l'Église Universelle, pas plus que le Prélat n'est l'Église particulière, mais qu'il la représente simplement « *intuitu dignitatis* » (213). La discussion ne porte que sur le point suivant : est-ce que le Pape, en sa qualité de chef de l'Église, peut régulièrement, à lui seul, représenter tout le corps ecclésiastique (214), ou bien est-ce que (comme c'est le cas pour le président d'une Église particulière), il n'a qu'un pouvoir représentatif limité, le pouvoir représentatif complet étant réservé au concile (215)? De même, malgré toutes les discussions sur l'étendue du pouvoir monarchique, tout le monde

(213) [Référence à une théorie exposée dans une autre partie du *Genossenschaftsrecht* (III, § 8, notes 34-41). On admettait généralement que le prélat, bien qu'il fût très souvent seul chargé d'exercer les droits juridiques de son *ecclesia*, n'était cependant pas cette *ecclesia* elle-même Pour expliquer sa situation, on avait recours à diverses analogies. Il agit comme un *tutor* dont l'*ecclesia* serait le *pupillus*, ou bien comme un mari pour sa femme. Goffr. Tran. *de transact.* nº 6 : *potest agere causam ecclesiae, cum sit maritus et legitimus administrator ...sicut maritus in causa uxoris*. Toutes ces hypothèses impliquent l'idée que le Prélat n'est pas seul en question, et qu'il y a une autre personne. On en tire des conséquences pratiques : par exemple un Prélat ne peut pas être juge *in causa propria*; mais il en est autrement *in causa ecclesiae suae*.]

(214) C'est seulement dans ce sens qu'on peut dire « *papa ipse ecclesia* » (par exemple Huguccio, *loc. cit.*, p. 263), « *papa est sedes apostolica* » (Dur. Spec. I, I *de leg.* § 5, nº 1), « *ecclesia intelligitur facere quod facit papa* » (Joh. Andr. *Nov. s. c.* 1 *in Sexto*, 2, 12, nº 1). Cf. Domin. Gem. Cons. 93 nº 12; Cardin. Alex. *in Summa* D. 15 (ce que fait la tête, le corps le fait aussi); Jacobat. *De conc.* IV, a. 7, nºˢ 29-31, VI. a. 3, nºˢ 41 et 58 et suiv. (le Pape présent est seul à représenter toute l'Église, et est donc l'*ecclesia corporalis* : de même pour l'évêque dans les matières où le chapitre doit être consulté, bien que son consentement ne soit pas indispensable).

(215) Occam, *Dial.* I, 5 c. 25 : c'est seulement dans une certaine limite que le Pape est « *persona publica totius communitatis gerens vicem et curam* ». Zabar. c. 6, X. 1, 6, nº 16 : *non solus sed tanquam caput universitatis*. Gerson, *De aufer*, c. 8-20, *De pol. eccl.* c. 7. Nic. Cus. I, c. 14-17, II, c. 27 et suiv. Ant. Ros., II, c. 20-24, III, c. 16-17.

reconnaît que l'Empereur n'est pas l'Empire, mais qu'en vertu de sa dignité il représente l'Empire et la communauté qui lui est soumise (216). Cette situation est celle de tous les souverains, quelle que soit l'origine, élective ou héréditaire, de leur droit (217). On réussit de plus en plus à formuler dans la théorie et à réaliser dans la pratique une distinction entre la personnalité privée du monarque et sa personnalité publique (218), entre sa fortune

(216) Baldus, Rubr. C. 10, 1, n°s 12, 13, 18 : « *princeps repraesentat illum populum et ille populus imperium etiam mortuo principe*; mais « *princeps* est *imperium*, est *fiscus* » car c'est seulement en lui que l'État veut, vit et agit. Cons. III, c. 159, nº 5 : « *ipsa respublica repraesentata* » est obligée par les actes de l'Empereur. De même Occam (v. ci-dessus note 210) et Zabarella (v. ci-dessus note 192).

(217) Déjà d'après Joh. Saresb. IV, c. 3 : le roi « *gerit fideliter ministerium* » si « *suae conditionis memor, universitatis subjectorum se personam gerere recordatur* »; comp. c. 5. Thom. Aquin. *Summa Theol.* II, 1. qu. 90, ad. 3 : *Ordinare autem aliquid in bonum commune est vel totius multitudinis vel* alicujus gerentis vicem totius multitudinis : *et ideo condere legem vel pertinet ad totam multitudinem vel pertinet ad personam publicam quae totius multitudinus curam habet*; de même *ib.* 97 a. 3. Mars. Pat. *Def. pac.* I c. 15 : quand les souverains (*principantes*) agissent dans la sphère que leur assigne la constitution (*secundum communitatis determinationem legalem*), c'est la communauté tout entière qui agit par leur entremise (*hoc facientibus his, id facit communitas universa*). Baldus, Consil. 159, nº 5 et surtout I Feud. 14, pr. nº 1 : « *civitas Bon.* (Bologne) *est ecclesiae, imo magis Bononiensium* ! *Quia ecclesia nihil habet ibi autoritatis, nisi tanquam respublica, cujus reipublicae nomen et imaginem gerit* ». De même Sienne appartient à César, mais encore bien plus aux Siennois : « *nam respublica, fiscus et princeps praesupponuntur pro eodem*; ...*respublica est sicut vivacitas sensuum, fiscus est reipublicae stomachus, saccus et firmitudo*; *unde imperator quasi tyrannus esset, si non tanquam respublica gereret se, et multi alii reges, qui privatae suae utilitati negotiantur*; *quia praedo est, qui non utilitati domini, sed propriae studet.* » Voir aussi nº 2 : l'office du souverain (*dignitas*) est inaliénable, étant « *totius universitatis decus* ». Barth. Salic. lib. 4, C. 2,54 : la *civitas* peut, en cette qualité, réclamer la *restitutio in integrum*, quand le souverain qui la représente a, lui aussi, profité de sa gestion; il en est de même (malgré la *translatio*) pour la *respublica imperii.* Jason *loc. cit.* nº 8. Nic. Cus. (voir ci-dessus note 171).

(218) Baldus, Cons. III, c. 159, nº 5 : *loco duarum personarum rex fungitur*; I. c. 271, nº 4 : *bona propria... non tanquam rex, sed tanquam homo et animal rationabile.* Alex. Tart., l. 25, § 1, *Dig.* 29, 2 nº 4 : *fiscalis res et Caesaris res est eadem, quia omnia jura fiscalia transferuntur in eum tanquam* imperatorem *non tanquam* Titium; mais il n'en est pas de même pour le « *patrimonium Caesaris* », que l'Empereur possède « *tanquam Titius* ». Marcus, Dec. I qu. 338, n°s 1-7. (La même distinction est faite par Cinus lib. 1, Dig. 2, nº 7 au sujet de l'évêque, qui a deux personnes, l'une « *in quantum est episcopus* », et l'autre « *in quantum est Petrus vel Martinus* ».

privée et la fortune de l'État dont l'administration lui est confiée (219), entre ses actes privés qui n'intéressent que lui, et ses actes de gouvernement qui créent une obligation pour son successeur (220). A ce point de vue, les modèles de l'Empire et de l'État sont pris dans l'Église, où l'on a depuis longtemps observé des distinctions de ce genre.

La représentation par les assemblées. — D'autre part, on prend conscience de ce fait, que les pouvoirs attribués à la communauté nationale ne sont pas la somme des droits privés de tous les membres de cette communauté : ils sont un droit public, qui appartient à une assemblée constitutionnelle. Même les auteurs qui insistent sur le caractère inaliénable de la souveraineté du peuple ne

(219) Voir la note précédente, ainsi qu'Occam, *Octo* qu. II, c. 2 : l'Empereur a en propriété privée ce qu'il possédait avant son élection et ce qu'il a acquis « *per se et non dignitati* ». Mais, quant aux « *bona et jura imperii* », ils existent « *propter bonum commune subditorum et non propter bonum proprium principatus* »; l'Empereur ne peut donc en disposer « *nisi propter bonum commune seu utilitatem omnium subditorum* », et, s'il agit autrement, il est tenu à la restitution, comme toute personne qui mésuse d'un bien dont elle est dépositaire.

(220) [« *Factum nomine dignitatis obligat successorem* »]. Baldus, Cons. I, 271, 326, 327; III, c. 159, 371 pose cette question : est-ce qu'un Prince, électif ou héréditaire, est responsable des actes de son prédécesseur, et dans quels cas naît cette responsabilité? Avec beaucoup de finesse, Baldus ramène cette question à cette autre : dans quel cas l'État, ou le Fisc, est-il responsable des actes de son organe le plus élevé? Baldus applique en détail les règles ordinaires du Droit Corporatif sur la façon dont la responsabilité des corporations est engagée par les contrats ou les délits de leurs présidents; mais, en ce qui concerne les rois, et surtout les rois héréditaires, il admet un pouvoir représentatif des plus étendus. Un roi n'est pas un simple « *legitimus administrator* », il est « *loco domini* » (*nam regnum magis assimilatur dominio quam simplici regimini*); et, notamment, il peut obliger la communauté par contrat, non seulement dans les affaires ordinaires, mais encore dans les affaires extraordinaires. De même, Jason, Cons. III, c. 10, distingue, de la part du souverain, les « *pacta personalia* », et les « *pacta realia nomine suae gentis inita* » (nº 8), étend ce principe aux actes judiciaires (nº 10), invoque les analogies qu'il trouve dans l'Église (nºs 15-19), et déclare que la responsabilité du successeur est engagée « *si princeps faciat ea, quae sunt de natura vel consuetudine sui officii* », (nº 21) ou lorsque « *conventio facta est in utilitatem status* » (nº 14). Cf. Bologninus, Cons. 6 (Par contre Picus a Monte Pico I Feud. 3, nºs 1-3 et I Feud. 7, nºs 1-17, embrouille de nouveau toute cette question).

prétendent pas que l'État soit identique à la communauté, car en dehors de celle-ci se trouve le chef de l'État, qui occupe une situation indépendante. Ils déclarent nettement que, quand la communauté politique ou religieuse est appelée à exercer le pouvoir suprême, ce n'est jamais à titre distributif, mais seulement à titre collectif (221). C'est pourquoi il faut distinguer les relations juridiques des hommes au point de vue individuel et au point de vue social (222). La participation aux pouvoirs de la communauté n'est pas attribuée à un certain individu, mais au « citoyen actif » qui a le droit de voter (223). Et ces citoyens électeurs n'apparaisssent pas non plus comme une masse indifférenciée, mais comme un corps articulé dont la composition est réglée par des différences de rang, de profession ou d'office (224). L'exercice

(221) Voir Nicol. Cus. (ci-dessus, notes 171 et 209); Gerson, *De pot. eccl.* c. 10, et *Concordia*, p. 259.

(222) Voir par exemple Eng. Volk. *De reg. princ.* IV, c. 21-29 : à côté des devoirs qui incombent aux hommes du fait de leurs relations avec tous leurs semblables, avec les habitants de leur pays et de leur ville, avec des membres de leur famille et de leur groupe social, d'autres devoirs leur incombent vis-à-vis du Tout, devoirs dont l'origine se trouve dans « *illa conjunctio, qua unusquisque privatus universitati sive reipublicae* tanquam membrum corpori et tanquam pars toti *consociatur* ». Cf. VII, c. 8-12 en ce qui concerne les différents « *status personae* ».

(223) Mars. Pat. I, c. 12 : le *populus* est souverain; le *populus* est l'*universitas civium*; le *civis* est l'homme qui participe aux affaires publiques « *secundum suum gradum* », cette qualité étant refusée aux « *pueri, servi, advenae ac mulieres* ». La définition d'Aristote, d'après laquelle le *civis* est un « citoyen actif », se retrouve dans Thom. Aq. *Comm. ad Polit.*, pp. 452 et 460 (comp. aussi *Summa Theol.* II, 1 qu. 105, a. 1) et Patric. Sen. *De inst. reip.* I, 3 p. 22.

(224) Lup. Bebenb., c. 17, p. 406 : *et intelligo populum Romani imperii connumeratis principibus electoribus ac etiam aliis principibus, comitibus et baronibus regni et imperii Romanorum : nam appellatione populi continentur etiam patricii et senatores*. De même d'autres auteurs. — Marsile de Padoue lui-même, bien qu'il soit radical, veut que la participation de chaque personne à l'assemblée législative soit réglée « *secundum suum gradum* »; il cherche à assurer l'influence des *docti* et des *sapientes* dans l'invention et la rédaction des lois, et il ne paraît pas disposé à admettre sans réserves un droit de vote égal pour tout le monde, car il veut que la *valentior pars* à laquelle appartiendrait la décision soit mesurée « *secundum politiarum consuetudinem honestam* »; *Def. pac.* I, c. 12-13 et 15; et aussi *De transl. imp.*, c. 6.

de la souveraineté populaire, comme celui de tous les autres droits de la communauté, n'est possible que dans une assemblée régulière et dans des formes prévues par la constitution (225). A cet égard on se borne à appliquer à toutes les assemblées ecclésiastiques et politiques les règles que le droit commun a déjà admises en ce qui concerne les résolutions des corporations. C'est surtout à l'époque où le rôle des conciles est en discussion qu'on a recours à ces règles du Droit Corporatif, quand il s'agit de fixer la politique de l'Église en ce qui concerne les conciles, de savoir comment ils seront convoqués (226), quelles seront les conditions de la validité de leurs décisions (227),

(225) Mars. Pat. *Def. pac.* I, c. 12-13 : la *voluntas* de l'*universitas civium*, devient une loi par le fait qu'elle est expressément déclarée dans la *congregatio generalis*; I, c. 17 : l'acte est unique, étant fait en commun; III, c. 6. De même Aegid. Col. II, 1, c. 3.

(226) Le Droit Corporatif, suivant certains auteurs, réserve au Pape seul le droit de convoquer le concile (par exemple Card. Alex., c. 2 D. 17); suivant d'autres auteurs, ce droit de convocation appartient normalement au Pape (Jacobat. *De Conc.* IV, a. 7, nº 24; Ant. Ros., III, c. 1-3), mais il peut aussi, le cas échéant, être exercé par les Cardinaux, ou, du moins, par ceux d'entre eux qui ne font pas défaut (Zabar. *De schism.*, p. 689; Ros. III, c. 3; Decius, Cons. 151, nºs 13-22) et par l'Empereur (v. ci-dessus note 48); du Droit Corporatif est également déduit le droit, pour le concile, de se réunir de lui-même (v. ci-dessus notes 188, 192, 203). On admet que si tous les membres se trouvent réunis, même sans avoir été convoqués, ils peuvent immédiatement entrer en séance, comme c'est le cas pour les autres corporations (Ros. II, c. 4). Zabarella (*De schismate*, pp. 693, 694), invoquant l'autorité d'Innocent IV, affirme que pour ouvrir le concile il suffit de la présence des deux tiers des membres; ils convoquent les autres, et ceux-ci, s'ils ne viennent pas, sont déclarés contumaces. Rosellus (III, c. 4), et Jacobatius (IV, a. 7, nºs 25-28) vont jusqu'à soutenir que, la réunion du concile pouvant toujours être motivée par un *imminens periculum vel necessitas*, les membres présents, même s'ils sont en minorité ont le droit de convoquer les autres et de les forclore, puisque, d'après le Droit Corporatif, la *pars in casu periculi non contumax* est en réalité la *major et sanior pars*. [Dans une autre partie de son ouvrage, M. Gierke étudie la formation du droit et de la théorie des assemblées corporatives Les légistes, s'appuyant sur un texte qui concerne les *decuriones* romains, tendaient à exiger strictement la présence des deux tiers des membres. Les canonistes apportèrent à cette exigence diverses modifications.]

(227) Voir surtout Jacobat. IV, a. 7; il prouve en détail, (nº 33) que l. 3 et 4, *Dig.* 3, 4, ne doivent pas être appliqués ici, et que, d'après le principe canonique « *Vocati non venientes constituunt se alienos* », les membres présents peuvent valablement prendre une décision, même s'ils sont n minorité (nºs 1-16); qu'en ce cas les *contempti* n'ont plus aucun droit à

comment on appliquera le principe majoritaire (228), et d'après quel mode de vote on comptera cette majorité (229). Ainsi l'on applique aux actes des corps politiques les règles du Droit Corporatif qui consacrent le principe majoritaire, et l'on suit littéralement les textes des juristes qui admettent que la majorité représente la tota-

contester la validité de cette réunion, puisqu'il suffit d'une *citatio generalis* (nos 16-23), etc. De même Ros. III, c. 7-14 (dans le c. 14, il abandonne l'exigence que les deux tiers des membres soient présents.) Card. Alex. C. 2, D. 17. [Le principe d'après lequel les deux tiers des membres devaient être présents avait été tourné, dans la pratique, par les Canonistes ; ceux-ci déclaraient en effet que, si des membres faisaient défaut après avoir été régulièrement convoqués, ils devenaient par là des dissidents et ne devaient plus être comptés.]

(228) Zabar. *De schism.*, p. 689. Panorm. c. 26, X. 2, 27, no 13. Même dans le concile, l'opinion qui doit prévaloir est celle de la « *major* et sanior *pars* » (Card. Alex., c. 1 D. 15 *in fine*; Jacobat. IV, a. 3, nos 1-41) : et à ce principe on associe cet autre, que les matières de foi ne doivent pas être réglées simplement par la majorité (Jacobat. *loc. cit.*, nos 7-12 et no 25; Nic. Cus. I, c. 4). C'est l'ancienne manière de voir germanique qu'on retrouve dans les mots de Nic. Cus., II, c. 15 : *quia quisque ad synodum pergens judicio majoris partis se submittere tenetur, — synodur finaliter ex concordia omnium definit.* (L'ancienne manière de voir germanique est qu'il faut l'unanimité, mais que la minorité doit se soumettre de gré ou de force.) Nous voyons aussi que les *jura singulorum* doivent être protégés contre le vote de la majorité (Jacobat. *loc. cit.*, nos 27-32). Au cours des discussions qui eurent lieu au sujet du déplacement du concile de Bâle, on tira de ce principe une conclusion étrange, à savoir, que l'opposition de la minorité, ou même d'un seul membre, en vertu de son « *jus quaesitum* », suffisait pour empêcher la majorité de changer le lieu des séances. Ludov. Rom. Cons. 352, nos 10-24, et Cons. 522; Jacobat, *loc. cit.* nos 36-39, et *ib.* a. 7. no 35. [Sous la rubrique *jura singulorum*, le droit médiéval soustrait au pouvoir de la majorité des droits qui appartiennent à des membres de la corporation, et qui sont associés, d'une manière plus ou moins étroite, aux intérêts de la corporation. Telle est, de nos jours, l' « action » d'un actionnaire, qui ne peut pas être supprimée par la majorité; un autre exemple, propre au Moyen Age, est celui de la « prébende » d'un chanoine.]

(229) Le vote par nations trouve sa justification dans les préceptes qui régissent l'action commune de divers *corpora* (Panorm. c. 40, X, 1, 6, no 6 ,Jacobat. IV, a. 3, nos 52-57), tandis que les adversaires de ce mode de vote font surtout valoir l'unité du corps de l'Église (Card. Alex. c. 1, D. 15 *in fine*). Voir Hübler, p. 279, n. 60 et 316 et suiv. (Le caractère fédéraliste des groupements de l'époque médiévale donna naissance à un grand nombre de plans compliqués, dont l'objet était d'assurer un certain degré d'unité et d'indépendance aux petits corps qui entraient dans la composition d'un vaste organisme, par exemple aux facultés et aux nations qui formaient une université.)

lité (230). Occam emploie même la théorie des délits des corporations pour régler les relations de chacune des communautés nationales avec l'État mondial qui comprend toute l'humanité. Il établit ainsi que l'*Universitas mortalium* ou son représentant peut, par une sentence formelle, déclarer qu'une nation coupable est déchue de sa prééminence et même de toute participation à la direction de l'État Universel (231).

Les droits de la communauté et les droits de l'assemblée représentative. — Ce dont nous sommes surtout redevables au Droit Corporatif, c'est de la forme juridique précise qu'il a donnée à cette idée, que les droits du peuple doivent être exercés par une assemblée représentative, idée inconnue à l'antiquité, mais de bonne heure adoptée par le Moyen Age. Toujours, quand on reconnaît à la communauté un droit indépendant — qu'il soit supérieur ou subordonné au droit du souverain — on admet en même temps que ce droit de la communauté peut être exercé par une assemblée. Et cette action représentative apparaît comme une nécessité toutes les fois que l'étendue de la communauté ne permet pas d'en réunir

(230) Voir par exemple Mars. Patav., *Def. pac.*, I, c. 12, 13, 15, 17 : ce que fait la *valentior pars* est « *pro eodem accipendum* » que ce que fait la *tota universitas*, car la « *valentior pars totam universitatem repraesentat* ». Eng. Volk., *De reg. pr.* I, c. 5, 7, 10, 14. Lup. Bebenb., c. 6 et 12. Occam et Ant. Ros. (voir ci-dessus, note 145).

(231) Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 29-30 : *quaecunque universitas seu communitas particularis propter culpam suam potest privari quocunque honore et jure speciali.* Aussi les Romains peuvent-ils, à la suite d'une *culpa*, perdre leur prédominance dans l'Empire, et il en est de même pour les autres peuples ; c'est ainsi que des parties de l'humanité peuvent, par suite de leur *culpa*, être privées de l'exercice de tout droit actif dans l'État Universel, et l'on admet communément que tel fut le sort des Juifs et des Païens quand l'Empire fut tout entier dévolu aux chrétiens. Mais, d'après lib. 2, c. 5, il faut pour cela une *sententia* formelle de l'*universitas mortalium* ou de ses représentants. Quant à savoir si le Pape se basa sur ce principe pour effectuer la « *translatio a Graecis in Germanos* », et si cet acte fut juste ou injuste, c'est là une question, dit Occam (*Octo*, qu. II, c. 9), qui ne pourrait être tranchée que par quelqu'un qui possèderait tous les documents de cette époque.

tous les membres ou qu'il s'agit d'affaires au règlement desquelles le plébiscite n'est pas approprié. On précisa la théorie de la représentation légale jusqu'à reconnaître que les décisions des représentants avaient exactement le même effet légal que les décisions qui auraient été prises par l'assemblée générale de leurs constituants. C'est d'après ce principe que, dans l'Église, on définit le rôle des conciles. Toutes les prétentions qu'on élevait en faveur du concile général étaient justifiées par l'idée que celui-ci représentait d'une façon absolument suffisante et parfaite la communauté de tous les membres de l'Église, communauté qui était titulaire des droits dont le concile général avait l'exercice (232). D'après l'opinion prédominante, cette représentation était si complète qu'elle avait le caractère d'une véritable absorption, et, bien qu'en principe on eût maintenu une distinction radicale entre le Concile et l'Église Universelle (*Congregatio Fidelium*), on leur reconnaissait néanmoins les mêmes droits. Mais une autre opinion, émise par Occam, faisait valoir au contraire que, le concile ayant un rôle purement représentatif, il fallait délimiter exactement les pouvoirs qui lui appartenaient et ceux qui restaient à la Congrégation des Fidèles (233). Pour expliquer le

(232) Voir la définition donnée par Konrad v. Gelnhausen, *De congreg. conc. temp. schism.* an. 1391 (dans Martène II, p. 1200) : *concilium generale est multarum vel plurium personarum rite convocatarum repraesentantium vel gerentium vicem diversorum statuum, ordinum et personarum totius Christianitatis venire aut mittere volentium aut potentium ad tractandum de bono communi universalis ecclesiae in unum locum communem congregatio* ». Gerson, *De aufer*, c. 10; *De pot. eccl.* c. 7 et suiv. Nicol. Cus. *De auctor praes.* (dans Düx, I, pp. 475 et suiv.) : l'Église Universelle a dans le Pape son représentant le plus éloigné, et dans le Concile Général son représentant le plus immédiat et le plus sûr. Decius, c. 4, X. 1, 6, nº 21.

(233) Voir Occam, *Dial.* I, 5, c. 25-28 : le concile, même muni du pouvoir représentatif, n'en reste pas moins une simple *pars ecclesiae*; il est subordonné à la « *communitas fidelium si posset convenire* »; il n'est pas convoqué directement par Dieu, mais par l'intermédiaire des hommes, et il peut être dissous; il est faillible, et l'on peut donc concevoir qu'il soit l'objet d'une résistance, d'un appel ou d'une mise en accusation. Ce point de vue est adopté, en partie, par Petr. Alliac. dans Gers., *Op.* I,

caractère représentatif du concile, on insistait généralement sur la manière dont il était composé. Il comprenait en effet les chefs des différentes communautés ecclésiastiques, et l'on admettait que ces prélats, lorsqu'ils étaient élus, recevaient pleins pouvoirs pour représenter la communauté qui leur était soumise (234). Dans les œuvres d'Occam se trouve même cette idée, que le concile général doit être constitué par des députés de toutes les communautés, à l'élection desquels les laïques peuvent prendre part (235).

Représentation et élection. — C'est exactement de la même façon que, dans l'État, on considérait les assemblées des États (*Stände*) de petites ou grandes circonscriptions, comme des assemblées qui représentaient le peuple et qui par conséquent pouvaient en exercer les droits (236). Là, aussi on supposait que le caractère repré-

pp. 688 et suiv., et au Synode de Constance (Sess. I dans Mansi XXVII, p. 547). — Breviscoxa (Gers., *Op.* I, p. 898), lui aussi, émet des doutes sur l'infaillibilité du concile. — Par contre, Gerson et Nic. Cus. II, c. 15-16, maintiennent l'infaillibilité du concile, et déclarent que sa représentation de l'Église est si complète qu'elle va jusqu'à l'absorption.

(234) Nic. Cus. I, c. 15 et II, c. 18 : c'est en vertu de l'élection que les « *praesidentes figurant suam subjectam ecclesiam* », que les conciles formés par ces prélats représentent les cercles les plus étendus de l'Église, et ainsi de suite jusqu'à la représentation de l'Église Universelle. Ant. Butr., c. 17, X. 1, 33, nos 27-28 : dans les conciles provinciaux les prélats et les « *rectores* » ne figurent pas comme individus, mais « *quilibet praelatus. vel rector tenet vicem universitatis* ». Zabar. c. ult. X 3, 10 nos 1-3. Panorm. c. 17, X 1, 33 no 2 : dans le concile général, « *praelati totius orbis conveniunt et faciunt unum corpus, repraesentantes ecclesiam universalem* »; de même, les *universitates* des provinces étant représentées par leurs *praelati et majores*, ceux-ci, quand ils se réunissent en *unum corpus* pour former leur assemblée provinciale, représentent les *universitates ecclesiarum* de la province; de même « *in una diœcesi... praelati et capitula repraesentant totum clerum* »; et il en est encore de même dans la constitution des Universités.

(235) Occam, *Dial.* I, 6, c. 84 (voir ci-dessus, note 209) : il invoque le droit général de chaque peuple, de chaque commune, de chaque *corpus*, de s'assembler, non seulement en personne, mais encore « *per aliquos electos a diversis partibus* »; car toute communauté « *potest aliquos eligere, qui vicem gerant totius communitatis aut corporis* ».

(236) Voir ci-dessus, notes 161-63, 168-172. Marsil. Pat. I, c. 12-13 : *vicem et auctoritatem universitatis civium repraesentant.* Nic. Cus. III,

sentatif de ces assemblées était dérivé du mandat que leur donnait l'élection : élection par laquelle chacune des subdivisions du peuple désignait son maître, et par laquelle un droit héréditaire pouvait avoir été conféré à toute une famille (237). Sur cette base, Nicolas de Cusa édifia un véritable système de parlementarisme représentatif. On n'y trouve pas, il est vrai, de circonscriptions, de districts électoraux artificiellement découpés; les élections sont faites par des groupes organiques constitués en corporations; et cependant toute la nation se trouvedans cette assemblée *in uno compendio repraesentativo* (238). Déjà auparavant Marsile de Padoue s'était exprimé dans le même sens pour que des représentants du peuple fûssent désignés par l'élection; mais, suivant la conséquence logique de son radicalisme, il avait réservé au plébiscite l'exercice des droits de souveraineté proprement dits (239).

c. 12 et 25. On croyait aussi que telle était la situation du Sénat Romain, d'après certains textes du *Corpus Juris*. [Le plus caractéristique est un texte de Pomponius (lib. 2, § 9, *Dig.* I, 2), qui exerça une influence considérable sur le développement de la Théorie Politique : *deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad senatum deduxit*. Déjà l'auteur du Brachylogus — manuel de Droit romain qu'on suppose avoir été rédigé à Orléans, au douzième siècle — admet, d'après ce texte de Pomponius, que le *populus* a formellement transféré ses pouvoirs au Sénat.]

(237) Voir comment ce principe général est formulé par Occam (ci-dessus note 235), et par Mars. Pat., *loc. cit.*

(238) Nic. Cus. III, c. 12 et 25 : c'est en vertu de l'élection que les chefs laïques doivent représenter les communautés auxquelles ils commandent et que les assemblées de ces chefs doivent représenter les pays et les provinces; l'Empire (*Reich*) doit être représenté par un *universale concilium imperiale*; dans celui-ci, les hommes ayant le rang de sénateurs doivent se réunir avec les « *praesides provinciarum suas provincias repraesentantes ac etiam universitatum magnarum rectores ac magistri* »; ils forment alors un « *corpus imperiale cujus caput est Caesar, et* dum simul conveniunt in uno compendio repraesentativo, totum imperium collectum est ».

(239) Mars. Pat., I c. 12-13; il dit au c. 12 : *sive id fecerit universitas praedicta civium aut ejus pars valentior per se ipsam immediate, sive id alicui vel aliquibus commiserit faciendum, qui legislator simpliciter non sunt nec esse possunt, sed solum ad aliquid et quandoque ac secundum primi legislatoris auctoritatem.*

Caractère représentatif des Cardinaux et des Electeurs. — Enfin une fonction représentative d'un caractère plus restreint était reconnue à certains collèges comme ceux des Cardinaux et des Princes-Électeurs de l'Empire, qui avaient des pouvoirs spéciaux et qui devaient assister le chef de la monarchie. Léopold de Babenberg, et de nombreux auteurs après lui, pour expliquer que le choix de l'Empereur fût confié à quelques privilégiés, admirent que ces Princes-Électeurs exerçaient en cette circonstance le droit de toute la population de l'Empire, dont ils étaient les représentants (240). De même pour les Cardinaux : quand ils avaient à choisir un Pape ou à accomplir d'autres actes de souveraineté, ils étaient considérés comme les représentants de la communauté ecclésiastique (241). C'est à cette occasion qu'on commença à développer le principe en vertu duquel tout groupe qui représente une *universitas* (corporation) doit être lui-même traité comme une *universitas*. En d'autres

(240) Lup. Bebenb. c. 5, pp. 352-353 et c. 6, pp. 357-358 : les Princes-Électeurs font l'élection « *repraesentantes in hoc omnes principes et populum Germaniae, Italiae et aliarum provinciarum et terrarum regni et imperii, quasi vice omnium eligendo* ». S'ils n'avaient pas été institués, c'est l' « *universitas ipsa* » qui aurait à exercer son choix; mais maintenant celui-ci est fait par les Électeurs « *vice et auctoritate universitatis* ». Lorsqu'ils ont fait l'élection, « *proinde est ac si tota universitas principum et populi... fecisset* »; on le prouve à l'aide de citations prises dans lib. 6, § 1 *Dig.* 3, 4, et c. ult. in Sexto *de praebendis*. Voir aussi comment les Électeurs participent à la « *repraesentatio populi regni et imperii* ». Quand il s'agit de déposer l'Empereur (c. 12, pp. 386-387) ou de consentir à l'aliénation de droits de souveraineté, c' 14, p. 396. — Comp. Occam, *Octo* qu. VIII, c. 3 : « *repraesentantes universitatem* ». Zabar c. 34, § *verum* X, 1, 6, nº 8. Nic. Cus. III, c. 4 : « *qui vice omnium eligerent* ». Gregor. Heimb. dans Gold. I, p. 561. Ant. Ros. I, c. 48.

(241) Voir ci-dessus, notes 174 et 194. Occam, *Dial.* I. 5, c. 6 et 8. Nic. Cus. I, c. 14, 17, II. c. 14 (*repraesentant*). Ant. Ros. I, c. 48 : *ab universali ecclesia, quam cardinales et electores in hoc ipsam totam repraesentant.* — Nicol. Cus. II c. 14-15 veut donc étendre aux Cardinaux le principe électif, qui est à ses yeux la seule base sur laquelle puisse se fonder un mandat politique. Les Cardinaux doivent être élus députés des provinces à titre permanent, et constituer une sorte d'aristocratie qui formerait la Chambre Haute d'un État spirituel organisé sur le modèle parlementaire.

termes, le surrogat ou substitut doit prendre la nature juridique de l'objet qu'il représente. Or, chacun des représentants ne tient son mandat que d'une des communautés particulières dont l'ensemble constitue la nation. Par suite, si ces représentants veulent agir au nom de toute la nation, ils ne peuvent le faire qu'en formant une assemblée unique, qui prendra ses décisions de la même façon que le ferait une véritable corporation et qui, en l'absence de toute règle de procédure spéciale, devra suivre les règles du Droit Corporatif ordinaire. Depuis Léopold de Babenberg, les champions des droits de l'Empire se placent sur ce terrain pour affirmer, contrairement à l'opinion de certains canonistes, que les règles du Droit Corporatif doivent être observées sur tous le points lors de l'élection de l'Empereur par les Princes-Électeurs (242). Quant aux Cardinaux, on ne contesta

(242) Hostiensis, Johannes Andreae (c. 34, X. 1, 6, nº 25) et d'autres affirment que quand les Princes-Électeurs choisissent un Empereur, ils agissent à titre individuel, « *ut singuli* ». Lup. Bebenb. c. 6, pp. 356-358, et c. 12, pp. 379-380, prouve qu'ils sont bien plutôt les représentants d'une *universitas*, et qu'ils sont obligés de s'assembler « *tanquam collegium seu universitas* » et de faire leur choix *communiter*. Il faut donc, à son avis, appliquer ici le principe du « *jus gentium, civile et canonicum* », en vertu duquel une élection faite à la majorité absolue est « *electio juris interpretatione concors* », et équivaut exactement à une élection faite à l'unanimité. De même Zabarella (c. 34 § *verum*, X. 1, 6, nº 8) qui cite Léopold : il faut suivre en tout point la même procédure que « *in aliis actibus universitatum* », c'est-à-dire, entre autres choses, exiger la présence des deux tiers des membres, forclore ceux qui ne se sont pas rendus à la convocation, etc. Comp. aussi Cons. 154, nº 6. Felinus, c. 6, X. 1, 2, nº 29. Bertach. Rep. v. *major pars*, nº 27. Petrus de Andlo, II, c. 1-4, traite longuement de l'élection impériale, et veut qu'on y suive dans tous les détails les principes du Droit Romain et du Droit Canon et les règles des élections épiscopales, telles qu'elles sont énoncées par Johannes Andreae, Antonius de Butrio, Johannes de Anania, Baldus et Panormitanus : par exemple, en ce qui concerne la convocation, la présidence, la forme du scrutin, la décision à la majorité absolue, l'*accessio* et l'auto-élection; de même, il faut demander et obtenir la vérification et l'approbation du Pape, et lui réserver le droit de dévolution; enfin, les mêmes règles s'imposent encore en ce qui concerne la nécessité d'un *actus communis*, la légitimité du recours d'*unus contemptus*, l'exclusion des *scienter eligentes indignum*. En effet, dit Petr. de Andlo, « *quum electores hujusmodi successerunt in locum populi Romani, qui ut universitas sibi elegit imperatorem, debent isti censeri eodem jure, quum surrogatum sapiat naturam ejus cui surrogatur* »

jamais qu'ils dûssent se soumettre à ces règles du Droit Corporatif lorsqu'ils avaient à élire le Pape ou à exercer quelque autre action collective (243).

VIII. — L'idée de la personnalité.

La personnalité de l'Eglise et de l'Etat a-t-elle été formulée? — Après tout ce qui précède, on pourrait croire que les Théories Politiques du Moyen Age enrichirent et approfondirent l'idée de la personnalité en s'efforçant de l'appliquer à l'Église et à l'État. En effet, puisqu'on admettait que tous les détenteurs visibles de la puissance publique avaient une fonction purement représentative, on devait se trouver naturellement amené à supposer qu'ils représentaient un invisible « Sujet » de droits et de devoirs. Ce « Sujet » pouvait être conçu sous la forme d'une Personne juridique, idée toute faite qui, comme bien d'autres, était fournie par la Doctrine des Corporations. Et même la *Persona Ficta* de la jurisprudence professionnelle pouvait se transformer, après une étude de la nature de l'Église et de l'État, et faire place à l'idée d'une personnalité collective (*Gesamtpersönlichkeit*) douée d'une existence réelle. Déjà l'Église, ainsi que l'État, était considérée comme un ensemble organique, qui, malgré son caractère composite, formait un seul être. Il était donc possible de la comparer à la personnalité individuelle qui, elle aussi, est caractérisée par la permanence de la même substance au sein d'un organisme.

Echec de la théorie politique.— Il n'arriva rien de tout cela. Il est vrai qu'au Moyen Age les juristes de profession

(243) Voir Innoc., Host., Ant. Butr., Zabar. Panorm., Dec. au c. 6 X. 1, 6; Aug. Triumph. I q.a. 3; Alv. Pel. I a. 1; Ludov. Rom. Cons. 498, nos 1 à 22 (applique intégralement la loi qui concerne les Décurions); Ant. Ros. II c. 8-10; Bertach. v. *gesta a majori parte.*

se servent déjà, et parfois avec une grande précision, de cette idée que l'Église et l'État sont des « sujets de droits ». Mais ils disposent uniquement de la notion de la Personnalité fictive, notion dont l'origine appartient au Droit Privé. Et, fait remarquable, au Moyen Age les Publicistes proprement dits n'emploient pour ainsi dire jamais l'idée de la personnalité dans leurs théories du corps social. Quand, en admettant les conséquences de cette idée, ils en font un usage indirect, ils se rattachent sans aucune restriction à la théorie des Corporations qui a été élaborée par les juristes et par les canonistes. De cet état de choses résulta dans la doctrine une tendance dont les effets se font encore sentir de nos jours. D'une part l'idée de la personnalité juridique, de plus en plus confinée dans le Droit Privé, devint toujours plus aride et plus stérile. Et d'autre part la théorie politique, n'ayant à sa disposition aucun instrument qui lui permît de faire entrer dans la science juridique l'idée de la nature organique de l'État, tendit de plus en plus à considérer l'État comme une construction mécanique basée sur le Droit Naturel.

Les juristes et la personnalité de l'Etat. — En ce qui concerne la jurisprudence, nous avons vu plus haut que, suivant les Canonistes, non seulement chaque Église particulière, mais encore l'Église universelle, devait être considérée comme une corporation et un « sujet de droits » (244). Quant aux théoriciens du Droit Civil, à

(244) [Quand on considère l'Église comme une corporation, on pense toujours en premier lieu aux grandes églises pourvues d'institutions collégiales. On enseigne généralement que la tête est formée par l'évêque, l'abbé ou tout autre prélat, que les membres sont formés par le clergé régulier ou séculier constitué en association religieuse, et que la tête et les membres réunis forment le « corps » de l'Église. (Cf. Schulte, *Geschichte der Quellen*, etc. p. 101. Gl. au c. 9, X, 1. 4 v. « *consensu* » : *imo episc. et cap. unum corpus et unum collegium sunt, ita quod ipse caput et ipsi canonici membrum.*) Mais les autres clercs et les laïques n'y sont pas compris : Gl. au c. 14 X 5, 31 v. « *unum corpus* » : *episc. cum capitulo suo facit unum corpus, cujus ipse est caput, sed cum clero civitatis vel dioceseos non dicitur facere unum corpus.* (*Genossenschaftsrecht*, III § 8, notes 11 et 23 et suiv).]

leurs yeux l'Empire et l'État étaient entièrement soumis aux principes du Droit Corporatif (245). C'est surtout par Baldus que l'idée de la personnalité de l'État a été formulée avec une grande précision. Si le Gouvernement, par ses actes, crée des obligations à ses successeurs, c'est, dit Baldus, parce que la personne de l'État est le véritable sujet de ces devoirs. En effet « *ipsa respublica nihil per se agit, sed qui regit rempublicam agit in virtute reipublicae et dignitatis sibi collatae ab ipsa republica* ». Aussi faut-il, dans le souverain, distinguer la *persona privata* et la *persona regis* : « *et persona regis est organum et instrumentum illius personae intellectualis et publicae*; *et illa persona intellectualis et publica est illa*, *quae principaliter fundat actus*, *quia magis attenditur actus seu virtus principalis quam virtus organica.* » Le véritable sujet d'un devoir créé par le gouvernement est donc *ipsa respublica repraesentata* qui est impérissable, et au nom de laquelle la responsabilité se transmet d'un gouvernement à son successeur (*universitas seu respublica ipsius regni non moritur*, *sed semper vivit in semetipsa*) (246). Cependant ce même Baldus nous montre clairement qu'il ne

(245) Baldus s. pac. Const. v. *imp. clem.* nº 4 : selon Baldus, l'Empereur parle ici « *de ista magna universitate*, *quae omnes fideles imperii in se complectitur*, tam praesentis aetatis quam successivae posteritatis ». Prooem. Feud. nº 32 : *non potest rex facere deteriorem conditionem* universitatis, i. e. regni. Rubr. C. 10, 1, nº 11 : la *Respublica*, en tant qu' « objet » est la *publica res* : en tant que « sujet », elle est *l'ipsa universitas gentium quae rempublicam facit*. Zabarell. c. 13 X 5, 31 nºˢ 1-7 expose la théorie des Corporations, définit le *corpus* ou le *collegium* la « *collectio corporum rationabilium constituens unum corpus* repraesentativum », distingue les « *collegia mere voluntaria* » et les « *collegia surgentia naturaliter* » qui sont « *necessaria* » aussitôt qu'ils sont nés; il range dans cette dernière classe les communes, les provinces et les royaumes, et, à ce propos, il introduit dans son exposé la théorie des six formes de gouvernement d'après Aristote, et la doctrine de la Monarchie Universelle et de ses relations avec l'Église.

(246) Baldus, Cons. III, c. 159. Comp. ib. c. 371, et I. c. 326-327 et c. 271 (*respublica et fiscus sunt quid aeternum et perpetuum quantum ad essentiam, licet disponens saepe mutetur*). Comp. aussi Jason, Cons. III, c. 10, où, au nº 14, se trouve déjà l'expression « *conventio facta in utilitatem* Status ».

peut se représenter la personnalité de l'État qu'en vertu de la « Théorie de la Fiction », alors en faveur à l'égard des corporations. C'est en effet ce que prouve son refus de reconnaître à l'État une volonté propre. Cette théorie l'amène encore à soutenir que la juridiction déléguée par le prince ne survit pas à celui-ci. Il est vrai que Guillaume de Cuneo soutient l'opinion contraire, en se basant sur ce fait qu'après la mort de l'Empereur, l'Empire, qui existe toujours, peut être considéré comme le véritable mandant. Mais, déclare Baldus, ce qui est en question, ce n'est pas l'Empire, c'est la personne même de l'Empereur. En admettant que l'Empire reste toujours le même, la volonté qui se trouve exprimée par une délégation de pouvoirs est la volonté de l'Empereur et non celle de l'Empire. En effet l'Empire n'a pas d'âme, et par suite pas de volonté. (*Imperium non habet animum, ergo non habet velle nec nolle quia animi sunt.*) On peut bien transférer de l'Empire à l'Empereur une entité juridique (*id quod juris est*), mais non la volonté qui est un phénomène réel (*id quod facti est*) (247).

Raisons qui empêchèrent de concevoir la personnalité de l'Etat. — Étant donné que les publicistes, quand ils avaient à se servir du concept de la personnalité idéale, ne trouvaient à leur disposition que la personnalité « fictive » élaborée par la Jurisprudence, il est facile de comprendre qu'ils ne dirent rien de la personnalité de l'État lorsqu'on soumit à une discussion décisive la question de savoir quel était le véritable sujet de la puissance publique. En effet, alors que l'idée de la Souveraineté se développait de plus en plus, et absorbait les droits jusque-là contestés et indivis entre le monarque et la communauté, il devenait de plus en plus difficile de l'attribuer à une personne « fictive » reconnue par un simple

(247) Baldus, Rubr. C. 10, 1 nos 15-16.

artifice juridique. D'ailleurs, dans les controverses qui avaient lieu au sujet du partage et des limites de la puissance publique, on ne voyait guère apparaître le besoin de chercher plus loin que les détenteurs visibles de cette puissance. On s'attachait surtout à la doctrine de l'Antiquité classique, pour laquelle l'État, en tant que sujet de droits et de devoirs, s'identifiait avec le Souverain visible.

Distinction de deux sujets dans la personnalité de l'Etat. — Aussi voyons-nous déjà, dans la théorie du Moyen Age, la personnalité unique de l'État se diviser en deux « sujets » que représentent le Souverain et l'Assemblée du peuple. Tous deux prétendent avoir le droit le plus élevé et le plus complet. Mais tous deux sont considérés comme des sujets distincts, liés par un contrat qui fixe leurs droits et leurs devoirs réciproques; et c'est cette union qui constitue le corps de l'État.

La personnalité du souverain. — Quand on étudiait le rôle du souverain en tant que « Sujet » de la puissance publique, on pouvait, dans l'Église et dans l'État, grâce à la personnification de la *Dignitas*, distinguer ses droits de souverain de ses droits d'homme privé (248). Cette personnification de la *Dignitas* était loin d'exprimer la personnalité totale de l'État, dans lequel le peuple avait sa place à côté du souverain. Elle se bornait à donner au souverain une personnalité distincte de celle du reste de l'État (248 *a*) Cette personnalité était incorporée à un office, et survivait ainsi aux différents souverains qui en étaient investis. Cependant, dans les constitutions monarchiques, elle se confondait entièrement avec le représentant visible de la royauté (249). Quant aux

(248) Voir ci-dessus, notes 212 et 218-220; et aussi les notes 190 et 206.

(248 *a*) Personnalité analogue à celle qui, en Angleterre, a été attribuée à « la Couronne ».

(249) Voir ci-dessus, notes 213-217.

constitutions républicaines, cette personnalité s'y incarnait dans l'assemblée à laquelle était confié l'exercice de la souveraineté : assemblée qu'on se représentait sous une forme visible, comme un souverain collectif réellement vivant (250).

La personnalité de la communauté. — D'autre part, lorsqu'à côté ou au-dessus de ce souverain on plaçait la communauté, considérée comme « Sujet » des droits de l'État, il fallait reconnaître, que ce « Sujet » ne représentait qu'une partie de l'organisme social, puisque, par définition, la tête était mise à part. Ce « Sujet » particulier représentait « le Peuple », par opposition au « Gouvernement ». En principe, le Peuple ainsi conçu était personnifié dans une *universitas*, et pouvait être distingué de la somme des membres qui le composaient (251). Mais, à la suite de l'échec des tentatives faites en vue de réaliser l'idée de l'organisme, on fut amené à une autre manière de voir. D'après celle-ci, l'*universitas* ne serait en dernière analyse que la somme des individus synthétisés dans une unité juridique; la seule distinction qu'on puisse établir entre elle et la totalité de ses membres, c'est que ceux-ci sont considérés dans l'*universitas* au point de vue « collectif », et non au point de vue « distributif. » Cette manière de voir se manifeste d'une façon caractéristique chez les champions des droits de la communauté ecclésiastique. Ils identifient exactement l'Église Universelle (qui est par définition l'*Universitas Fidelium*), avec la somme des fidèles considérés au point de vue « collectif » (252). Aussi, pour réfuter la Théorie

(250) Voir ci-dessus, note 118.

(251) Voir ci-dessus, notes 221-231.

(252) D'Ailly, Gerson (*De pot. eccl.* c. 10) et Nic. de Cusa (II c. 34) déclarent expressément que tous les droits de l'Église appartiennent aux fidèles « *omnes collective sumpti* ». Mais Marsile de Padoue, Randuf et d'autres encore, laissent, eux aussi, clairement entendre qu'à leur avis l'Église souveraine, représentée par le concile, et considérée comme « *con-*

Conciliaire, Torquemada se basait-il sur cet argument que l'Église Universelle, telle qu'elle était définie par ses contradicteurs, ne pouvait même pas exercer le pouvoir ecclésiastique qui lui était attribué. En effet, disait-il, une *communitas*, prise dans son ensemble, ne peut pas avoir des droits que la majorité de ses membres est légalement incapable d'exercer : or, la majorité des fidèles est formée de laïcs et de femmes. De plus, si l'on admet le droit de la communauté, il s'ensuit que tous les membres de l'Église ont les mêmes droits et que le consentement de tous est nécessaire pour chaque acte de souveraineté (253).

L'exemple des champions des droits de la communauté ecclésiastique est suivi par les plus décidés des champions de la doctrine de la souveraineté du Peuple : eux aussi déclarent que ce peuple souverain n'est rien de plus que la somme de tous les citoyens, considérés au point de vue collectif (254). Cette manière de concevoir le peuple comme une simple collection d'individus exerce une influence de plus en plus sensible sur les théories qui cherchent à expliquer pourquoi et dans quelles limites la communauté peut être représentée

gregatio fidelium », coïncide avec la somme des individus qui la composent. Il est vrai qu'Occam, dans un passage (*Octo* qu. 1, c. 11), déclare que le mandat divin est décerné à la « *persona communitatis fidelium* »; mais dans tout son système, tel qu'il est exposé plus haut, et surtout dans la discussion à laquelle il se livre au sujet de l'infaillibilité de l'Église, on trouve la preuve incontestable qu'en employant ces mots il ne pense pas à une personnalité unique qui serait le produit d'une organisation, mais à une unité collective personnifiée. Voir ci-dessus, notes 188 et 208.

(253) Turrecrem. *De pot. pap.* c. 71-72 : quand le pouvoir des clefs est attribué à l'Église, cela signifie qu'en réalité ce pouvoir se trouve partiellement dans les membres, et intégralement dans la tête seule de l'Église.

(254) Voir surtout Nic. Cus. comme ci-dessus note 171, et III c. 4 : « *vice omnium* », 12 et 25; Mars. Pat. I, c. 12-13; Lup. Bebenb. c. 5-6; Occam, *Dial.* I. 6, c. 84; Patric. Sen. *De inst. reip.* I, 1, 5 : « *multitudo universa potestatem habet collecta in unum, ...dimissi autem singuli rem suam agunt* ».

par la majorité, par certaines assemblées et par le monarque (255).

L'idée de la Souveraineté de l'Etat n'est pas atteinte. — C'est ainsi qu'on arrêta la doctrine du Moyen Age sur la voie qui conduisait à l'idée de la Souveraineté de l'État. Par contre, on introduisit dans cette doctrine les germes des futurs systèmes de Droit Naturel — système de la souveraineté du monarque, système de la souveraineté du peuple et système de la souveraineté mixte — qui basent les droits de l'État sur des théories centralistes ou atomistes, mais en tout cas purement mécaniques.

Mais, avant de tourner notre attention vers ces éléments modernes de la doctrine du Moyen Age, il faut, pour compléter notre tableau, que nous jetions encore un coup d'œil sur les influences et transformations réciproques de l'idée de l'État et de l'idée du Droit.

IX. — L'État et le Droit.

L'Etat s'émancipe de la tutelle du Droit. — Quand le Moyen Age commença à faire des théories sur les relations de l'État et du Droit, on avait déjà constaté l'insuffisance de la vieille idée germanique du *Rechtsstaat* ou de l'État fondé sur le Droit. C'était l'idée d'un État qui existait seulement par le Droit et pour le Droit, et dont un ordre légal réglait la vie entière, dans toutes les relations publiques et privées. A cette conception s'opposait celle du Pouvoir ecclésiastique, dont l'origine et le but avaient toujours dépassé les limites de l'ordre simplement légal. Aussi le Pouvoir civil, dès qu'il prit conscience de son existence, chercha-t-il, lui aussi, à se libérer des entraves du Droit. La jurisprudence et la philo-

(255) Voir ci-dessus, notes 215-218, 228, 230, 232-242.

sophie, dès leur entrée en contact avec l'Antiquité, rivalisèrent pour trouver une théorie qui rendît l'idée de l'État indépendante de l'idée du Droit. A peu près tous les publicistes du Moyen Age admettent que l'État n'est pas fondé seulement sur le Droit, mais aussi sur une nécessité morale ou naturelle; qu'il a pour but l'accroissement du bien-être; que la réalisation du Droit n'est qu'un des moyens propres à remplir ce but; et enfin que, vis-à-vis du Droit, l'attitude de l'État doit être, non celle d'un serviteur qui reçoit des ordres, mais celle d'un maître qui exécute ses propres plans.

Dépendance réciproque de l'Etat et du Droit. — Cependant, malgré l'adjonction de ces principes, qui dans leur essence appartenaient à l'Antiquité classique, la doctrine propre au Moyen Age resta toujours fidèle à la manière de voir germanique, d'après laquelle le Droit a par son origine un rang égal à celui de l'État, et ne dépend pas de l'État pour son existence. Les publicistes du Moyen Age éprouvaient invinciblement le besoin de mettre le Droit à la base de l'État, qui devait être le produit d'un acte légal. Ils étaient absolument convaincus que la mission de l'État consistait à réaliser l'idée du Droit, idée qui avait été donnée à l'homme avant qu'il y eût un pouvoir terrestre, et qui ne pouvait être modifiée par ce pouvoir. Il ne leur parut jamais douteux que l'autorité suprême elle-même, en matière spirituelle aussi bien qu'en matière temporelle, ne dût accepter les limites qui lui étaient imposées par le Droit.

Le Droit Naturel et le Droit Positif. — Comment pouvait-on donc penser que, d'une part, le Droit était subordonné à l'État, qui le réalisait pour ses propres fins, et que, d'autre part, l'État était subordonné au Droit, qui le réalisait également pour ses propres fins? Le Moyen

Age n'eut pas l'idée que l'État et le Droit existent l'un par l'autre, l'un pour l'autre, et surtout l'un dans l'autre. Il résolut le problème en opposant au Droit Positif l'idée du Droit Naturel, qu'il avait reçue de l'Antiquité classique et à laquelle il donna une nouvelle forme.

L'idée du Droit Naturel. — Ce n'est pas ici le lieu d'exposer l'état de la doctrine du Droit Naturel au Moyen Age et de suivre l'évolution qu'elle accomplit au milieu d'innombrables controverses scientifiques. Son développement est dû, pour une part, aux travaux des légistes et des canonistes, qui se servirent des textes du Droit Romain et du Droit Canon, et, pour l'autre part, aux travaux des théologiens et des philosophes, qui se servirent de la philosophie de l'Antiquité et des Pères de l'Église. Parmi les théologiens, le principal rôle revient à Thomas d'Aquin : il fixa cette doctrine en quelques traits essentiels qui furent respectés par les siècles suivants. En effet, quelque grandes que fûssent des divergences d'opinion sur l'origine du Droit Naturel et sur la raison de sa force obligatoire, tout le monde était cependant d'accord pour reconnaître qu'il y avait un Droit Naturel, qu'il émanait d'un principe transcendant à toute puissance terrestre, et qu'il était une véritable loi à laquelle il fallait se soumettre (256). On

(256) On était unanime à admettre que le Droit Naturel avait une origine supérieure à la législation humaine, et que celle-ci était obligée de le respecter. Cette situation ne changeait pas, quelle que fût la solution donnée par les scolastiques à l'important problème dont l'objet est de déterminer si l'essence du Droit se trouve dans la Volonté ou dans la Raison. En effet, de toute façon, c'était Dieu lui-même qui apparaissait comme la cause suprême du Droit Naturel. Cette solution s'imposait si, avec Occam, Gerson et d'Ailly, on considérait le Droit Naturel comme un ordre qui émanait de la volonté divine, et qui tirait de là son caractère de justice et sa force obligatoire. Cette solution s'imposait de même si, avec Hugues de Saint-Victor, Gabriel Biel et Almain, on déclarait que le Droit Naturel était essentiellement la forme donnée à la Justice par la Raison Éternelle, forme qui venait de Dieu, mais que Dieu lui-même ne pouvait modifier. Enfin cette solution s'imposait encore si, avec Thomas d'Aquin et ses successeurs, tout en déduisant le Droit Naturel de la Raison imma-

supposait donc qu'avant même que l'État fût fondé, la *Lex Naturalis* imposait déjà ses obligations, et que d'elle avaient découlé, soit directement soit indirectement, ces

nente en Dieu et directement déterminée par la *Natura Rerum*, qui est elle-même comprise en Dieu, on déclarait cependant qu'il fallait un acte de la Volonté divine pour donner à ce Droit Naturel sa force obligatoire. C'est pourquoi Thomas d'Aquin, après avoir discuté la nature, les subdivisions et les effets de la *Lex* d'une façon générale (Summa Theol., II. I, qu. 90-92), et après l'avoir définie « *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, et ab eo, qui curam communitatis habet, promulgata* » (qu. 90, a. 4), place en tête de sa Philosophie du Droit l'idée de la *Lex Aeterna*. Celle-ci, dit-il, « *ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in Principe universitatis existens* », et « *summa ratio in Deo existens* », est identique à Dieu (*non aliud a Deo*), mais en même temps est une véritable *Lex*, ayant une force obligatoire absolue, et source de toute autre *Lex* (*omnis lex a lege aeterna derivatur*); (*loc. cit.*, qu. 91, a. 1 et qu. 93, a. 1-6.) Il en déduit immédiatement la *Lex Naturalis*, qui a sa base dans la participation de l'homme, en tant qu'être raisonnable, à l'ordre moral de l'univers (*participatio legis aeternae in rationali creatura*), et qui apparaît à la lumière de la Raison Naturelle (*lumen rationis naturalis*) que Dieu nous a accordée; (*loc. cit.*, qu. 91, a. 2, qu. 94.) Elle est une *lex promulgata*, car « *Deus eam mentibus hominum inseruit naturaliter cognoscendam* » (qu. 90 a. 4); elle existe *in actu* et non simplement *in habitu* (qu. 94, a. 1); elle est, en principe et pour toutes les actions, une règle véritable, toujours identique, inaltérable et indestructible (qu. 94 a. 3-6).

[Étant renvoyés ici à l'ouvrage de M. Gierke, *Joh. Althusius*, pp. 73-75, nous en tirons les passages suivants.]

La théorie la plus ancienne, qui était surtout celle des Réalistes, interprétait la *Lex Naturalis* comme un acte intellectuel indépendant de la Volonté, comme une simple *lex indicativa*, dans laquelle Dieu n'est pas un législateur, mais un éducateur agissant par l'intermédiaire de la Raison — en résumé, comme l'indication du Bien donnée par la Raison, qui a sa source en Dieu, mais qui ne peut être modifiée par lui. (Dans ce sens s'exprime déjà Hugue de Saint-Victor à l'époque de Calixte II et d'Henri V, *Opera omnia*, Mog. 1617, III, p. 385, *de sacramentis* I p. 6, c. 6-7; plus tard Gabriel Biel, Almain et d'autres.) L'opinion contraire. procédant du Nominalisme absolu, ne voyait dans le Droit Naturel rien de plus qu'un commandement de Dieu, qui était juste et obligatoire uniquement parce qu'il était donné par la législation divine. Tel était l'avis d'Occam, de Gerson et d'Ailly. L'opinion prédominante était d'un ordre intermédiaire, bien qu'elle inclinât vers le principe du Réalisme. A son avis, le Droit Naturel consistait essentiellement dans le jugement en vertu duquel l'homme décide ce qui est juste, jugement découlant nécessairement de l'Etre Divin et déterminé d'une façon invariable par la nature des choses qui est comprise en Dieu; cependant, pour expliquer la force obligatoire de ce Droit, mais pour cela seulement, on montrait l'intervention de la Volonté divine. Telle était la théorie de Thomas d'Aquin, de Cajetan, de Soto et de Suarez.

Ces divergences fondamentales se retrouvaient dans les solutions données au problème suivant : quel est, d'une manière générale, l'élément constitutif du Droit? Beaucoup de professeurs enseignaient que ce qui

principes juridiques grâce auxquels l'État pouvait baser son existence sur le Droit. On enseignait encore que les règles du Droit Naturel échappaient à l'influence de tout pouvoir terrestre, même du plus élevé, qu'elles dominaient le Pape et l'Empereur, le Monarque et le Peuple souverain, et même toute la commaunauté des mortels; que les limites fixées par elles ne pouvaient être franchies par aucune loi, par aucun acte de gouver-

fait le Droit, c'est « *judicium rationis quod sit aliquid justum* ». Cette réponse est plus nettement encore formulée par Soto, *De justitia et jure*, Venet. 1602 (1re éd. 1556), I qu. 1, a. 1, et par Molina, Tract. v. disp. 46, §§ 10-12. Comp. aussi Bolognetus (1534-1585), *De lege, jure et aequitate*, Tr. U. J., I. 289 et suiv., c. 3; Gregorius de Valentia, *Commentarii theologici*, Ingoldst. 1592, II, disp. I qu. 1, punct. 2. Le parti adverse enseignait que ce qui fait le Droit, c'est simplement la Volonté en vertu de laquelle ceci ou cela doit être considéré comme le Droit et avoir force obligatoire; ou bien l'on insistait sur les effets du commandement (*imperium*) donné aux sujets. D'autres auteurs déclaraient que l'*intellectus* et la *voluntas* étaient également essentiels. Seul Suarez, qui fait une revision détaillée de toutes les opinions précédentes, établit sur ce point une distinction entre le Droit naturel et le Droit positif : en ce qui concerne ce dernier, la Volonté législative (mais non le commandement du législateur) lui paraît avoir une action constitutive, tandis que la Raison n'aurait qu'une action normative (I. c. 4-5 et III, c. 20). Presque tous les auteurs postérieurs qui traitèrent la Philosophie du Droit admirent que le Droit découlait de la Volonté et que le Droit Naturel, aussi bien que le Droit Positif, devait être interprété comme un simple commandement. Seul Leibnitz (1646-1716), qui dépassa ses contemporains dans tant de directions, et qui, peut-être pour cette raison, tourna si souvent ses regards vers la philosophie du Moyen Age, contesta cette « Théorie de la Volonté » et combattit énergiquement la manière de voir de Pufendorf et de Cocceji. Il nia que l'idée de la contrainte fût essentielle à l'idée du Droit, et soutint que le Droit était antérieur à la Loi. « *Das Recht ist nicht Recht weil Gott es gewollt hat, sondern weil Gott gerecht ist* ». Opera, éd. Dutens, Genève, 1768, IV, 3, pp. 275-283, et pp. 270 et suiv., § 7 et suiv. et § 13.

[Dans une autre note du même ouvrage (Gierke, *Joh. Althusius*, p. 74), est cité le passage suivant de l'Allemand Gabriel Biel (ob. 1495). Celui-ci dit dans son « *Collectorium Sententiarum* », Tubing. 1501, lib. II, dist. 35, qu. un., art. 1 : *Nam si per impossibile Deus non esset, qui est ratio divina, aut ratio divina illa esset errans, adhuc si quis ageret contra rectam rationem angelicam vel humanam aut aliam aliquam si qua esset, peccaret. Et si nulla penitus esset recta ratio, adhuc si quis ageret contra id quod agendum dictaret ratio recta si aliqua esset, peccaret.* « Déjà, ajoute M. Gierke, des auteurs du Moyen Age avaient soutenu ce principe, habituellement attribué à Grotius, qu'il y aurait un Droit Naturel, accessible à la raison humaine et absolument obligatoire, même s'il n'y avait pas de Dieu, ou si la Divinité était déraisonnable et injuste ».]

nement, par aucune coutume ou décision du peuple; que tout ce qui contrevenait aux éternels et indestructibles principes du Droit Naturel était absolument nul et ne pouvait obliger personne (257).

Le Droit Divin, le Droit Naturel et le Droit des Gens. — Ce pouvoir éminent n'était pas reconnu seulement au *Jus Naturale*, proprement dit; on l'attribuait également au *Jus Divinum*, fondé sur la Révélation, et au *Jus Commune Gentium*. Les relations du Droit fondé sur la Révélation divine et du Droit strictement naturel étaient déterminées par la différence de leurs fins et de la manière dont ils avaient été reçus : tous deux étaient d'origine divine, mais le premier avait été communiqué à l'homme par une voie surnaturelle et pour des fins supraterrestres; le second était immanent dans la raison naturelle de l'homme et n'avait que des fins purement terrestres (258). Quand au *Jus Commune Gentium* (en

(257) Thom. Aquin, *Sum. Theol.* II, I, qu. 91, art. 2, qu. 94, a. 1-6, qu. 97, a. 1 (l'obligation s'étend au peuple tout entier); II, 2, qu. 57, a. 2 Aegid. Rom. *De reg. princ.* III, 2, c. 29 : le *rex* est subordonné à la *lex naturalis*. Vincent. Bellovac. VII. c. 41 et suiv. et X, c. 87; *ipso jure non valent leges quia nulla lex potest valere contra Deum*. Joh. Friburg. II, t. 5, qu. 204, 206, t. 7, qu. 43 (nullité des « *leges permittentes usuras* »). Occam, *Dial.* III, tr. I, lib. 2, c. 6, et tr. 2, lib. 2, c. 26-28 (concernant l'Empereur et le Pape), *ib.* c. 29 (concernant l'*universitas populi*), et tr. 2, lib. 1, c. 30 (même une décision unanime de l'*universitas mortalium* n'aurait pas le pouvoir d'abolir entièrement l'Empire Romain). Baldus, I. Feud. I §. 3, n° 2 (*potentius est jus naturale quam principatus*), et lib. I, Cod. I, 1, n°s 24, et suiv. (il en résulte que ni l'Empereur ni le Pape ne peuvent valablement autoriser le prêt à intérêts, par exemple). Glose au Sachsensp. I, a. 25 et 55. Bened. Capra, *Regula* 10, n°s 20-43 et 53 (concernant *princeps, papa, imperator, populus seu universitas* avec *jurisdictio* et *imperium*). Felinus Sand. c. 7, X. 1, 2, n°s 19-25 (concernant le Pape) et n°s 26 et suiv. (concernant *imperator, princeps, populus liber*). Petr. Alliac. dans Gers. *Op.* I, pp. 652 et suiv.; Nic. Cus. III, c. 5, Ant. Ros. IV, c. 2-14. En outre, voir ci-dessus la note 132 (concernant le Pape), et la note 198 (opinion de Gerson à l'égard du concile).

(258) Cette manière de voir est représentée surtout par Thom. Aquin. *Summa Theol.* II, 1 qu. 91 art. 1-2 et 4-5; plus loin (qu. 98-105) il traite en détail de la *lex vetus*, et (qu. 106 et suiv.) de la *lex nova*. Comp. Aegid. Rom. *De reg. princ.* III, 2 c. 24-29 (*lex naturalis*) et c. 30 (*lex divina*). Gerson IV, pp. 652-654. Voir également les passages de la note précédente

tant que Droit reconnu par tous les peuples), il apparaissait comme la somme des principes qu'il fallait déduire du Droit purement naturel, quand on tenait compte du Péché originel et de la viciation de la nature humaine qui en était la conséquence. Ce Droit des Gens devait donc participer au caractère immuable et intangible du Droit Naturel, puisque il n'avait pas été créé par les autorités de l'Église et de l'État, mais qu'il s'était imposé à elles (259).

Les limites du Droit Naturel. — Plus cette idée de la supériorité du Droit Naturel sur les législateurs faisait de progrès dans le domaine de la législation spirituelle et temporelle, plus il était nécessaire de définir le principe qui fixait la limite du pouvoir législatif. Sur la nature et la portée de ce principe les controverses se donnaient libre cours. Mais l'idée de la limite était si élastique qu'en tout état de cause le principe pouvait être maintenu. Tout le monde admettait que les règles du Droit Naturel n'étaient pas abrogées par le Droit Positif, mais qu'elles pouvaient et devaient être modifiées dans un sens amplificatif ou dans un sens restrictif, suivant les cas où s'imposait leur application. A ce point de vue, une distinction était souvent établie entre

dans lesquels on attribue à la *lex naturalis* la même force qu'à la *lex divina*; (l'application de ce principe est faite notamment pour déclarer la nullité des lois qui autorisent le prêt à intérêts).

(259) Comp. par exemple Thom. Aquin. *loc. cit.* qu. 95, a. 2 et 4 : la *lex humana* applique en détail les *principia legis naturalis*, soit par de simples *conclusiones* en ce qui concerne le *jus gentium*, soit par des *derterminationes* en ce qui concerne le *jus civile*. Voir aussi *ib.* II, 2, qu. 57 a. 3. Aegid. Rom. III, c. 2, c. 25 et c. 29 : *si dicitur legem aliquam positivam esse supra principantem, hoc non est ut positiva, sed ut in ea reservatur virtus juris naturalis* ». Lup. Bebenb. c. 15, p. 401. Occam, *Dial.* III, tr. 2 lib. 2 c. 28 : le *jus gentium*, en vertu duquel l'exercice du pouvoir suprême est subordonné au bien public « *non est imperatorum vel regum per institutionem, sed solum per approbationem et observationem* ». Bald. I Feud. I § 3, nº 2. Hieronymus de Tortis, *Consilium* pour Florence, nº 25: *Papa et Imperator non sunt supra jus gentium*; une sentence du Pape est donc nulle si elle n'est pas précédée d'une citation.

les principes premiers, qui étaient éternels et immuables, et les règles secondaires, dont le caractère était hypothétique et qui variaient suivant les circonstances. Cette distinction était faite dans le véritable *Jus naturale* (260), dans le *Jus divinum* (261) et dans le *Jus gentium* (262).

Subordination du Droit Positif au Souverain. — Mais cette prééminence qu'on accordait au Droit Naturel comportait des inconvénients qui apparaissent dans la doctrine de la subordination absolue du Droit Positif (*Jus Civile*) au Pouvoir souverain. Cette doctrine, qui opérait une révolution dans le monde des anciennes

(260) C'est ainsi que Thom. Aquin. (*loc. cit.* qu. 94 a. 4-6), distingue, dans la *lex naturalis*, les *prima principia* qui sont partout identiques, invariables et indéracinables, et les *praecepta secundaria* qui sont variables et destructibles « *in aliquo* » par suite de la dépravation de la raison humaine. On dit généralement que le *jus naturale est immutabile* et qu'il ne peut jamais être abrogé (*tolli*) par le *jus civile*, mais qu'il peut y être dérogé « *quoad quid* » et notamment « *ex causa aliquid addi vel detrahi* ». Comp. Lup. Bebenb. c. 15, p. 401. Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 24. Glose au Sachsensp. I. a. 55. Anton. Rosell. IV, c. 7 : le « *jus naturale divinum* » ne peut absolument pas être modifié; quant au « *jus naturale homini commune cum naturalibus* », si le législateur ne peut l'abroger, il peut du mois, « *ex causa* », l'interpréter et le limiter. — Cette limitation était inévitable, car, suivant l'opinion prépondérante, l'existence même de l'autorité (*Herrschaft*), et de la propriété, impliquait une infraction au pur Droit Naturel, et Thomas d'Aquin, *Summ. Theol.* II, qu. 66, a. 2, se montre modéré en disant : « *proprietas possessionum non est contra jus naturale, sed juri naturali superadditur per adinventionem rationis humanae* »; comp. I, qu. 96, a. 1-4; et K. Summenhard, *loc. cit.* Tr. I qu. 8-11, qui discute la question en détail.

(261) Anton. Ros. IV. c. 2-6 (qui, à vrai dire, est contredit par Joh. de Lignano), déclare que, de l'avis unanime des juristes, si le *jus divinum* ne peut pas être abrogé (*tolli*), on peut du moins le limiter, y introduire des distinctions, certaines restrictions et certaines additions, tout cela étant applicable seulement au *jus divinum* qui n'est pas *de necessitate*. Comp. Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 24. Il devient de plus en plus nécessaire de fixer ces limites quand on commence à compter comme *jus divinum* le Droit Canon Positif.

(262) Très souvent on établit une distinction entre le *jus gentium primaevum*, qui existe depuis l'origine de la condition humaine, et le « *jus gentium secundarium* », dont le développement est plus récent. D'après Anton. Rosell. IV, c. 7, le « *jus gentium primaevum* » peut être, non abrogé, mais interprété « *ex causa* » par le législateur; celui-ci peut au contraire abroger, « *ex causa* », le « *jus gentium secundarium* ».

idée germaniques, enseignait que le *Jus Civile* était le produit de la volonté d'une société humaine, donc un instrument qu'il fallait adapter aux services qu'on lui demandait, et un ensemble de règles qui par elles-mêmes n'avaient aucun pouvoir (263). Il en résultait que dans chaque communauté le détenteur de la souveraineté dominait le Droit Positif qui y était en vigueur. Et de plus en plus nettement, dans l'Église et dans l'État, on admit que le caractère distinctif de la souveraineté était d'échapper à toutes les lois humaines.

Indépendance du Prince à l'égard des lois. — Pour les partisans de la souveraineté du Prince, la volonté de celui-ci, qu'elle fût expresse ou tacite, était identique au Droit Positif. Ils estimaient que l'office du Prince était antérieur et supérieur aux lois qui émanaient de lui ou de ses prédécesseurs. Ils enseignaient donc que la loi n'obligeait pas le Prince, qui, dans chaque cas, pouvait l'appliquer ou la supprimer suivant ses besoins. C'est dans ce sens que, dès le douzième siècle, la jurisprudence mettait à contribution les textes du Droit Romain. Elle en tirait la comparaison du Prince avec la *lex animata*, l'axiome *Quod Principi placuit legis habet vigorem*, et surtout la maxime *Princeps legibus solutus est*, qui devait, pendant plusieurs siècles, être l'objet d'importantes controverses. Avec ces matériaux les légistes pouvaient forger encore d'autres préceptes, comme celui que les Papes s'appliquaient à eux-mêmes : *Omnia jura habet Princeps in pectore suo*. Ils étaient soutenus par la Philosophie politique, qui, pour distin-

(263) Thom. Aquin, *Sum. Theol.* II, I. qu. 90, a. 2 et 3, qu. 91, a. 3, qu. 95, a. 2, qu. 96, a. 5 : il maintient cependant qu'une loi a une *vis directiva* pour le législateur qui l'a faite; *ib.* qu. 97, a. 1-4. Aegid. Rom. *De reg. princ.* III, 2, c. 24, 26-28, 31 : ici apparaît déjà la comparaison du Droit avec le langage; comme celui-ci, la *lex positiva* varie suivant « *consuetudo, tempus, patria et mores illius gentis* ». Mars. Pat. I, c. 12-13 : d'après sa définition toute moderne, la loi est l'expression de la volonté d'une communauté souveraine. Patric. Sen. *De inst. reip.* I, 5.

guer le véritable monarque du magistrat républicain, adoptait le principe suivant : le magistrat était obligé par les lois, qui émanaient, scit de sa collaboration avec le Peuple, soit directement du Peuple seul ; le monarque au contraire, étant la *lex animala*, pouvait agir à son gré, et, dans chaque cas, modifier le droit existant en rendant un arrêt conforme aux nécessités concrètes du moment (264). De cette *poleslas legibus soluta* on ne manqua pas de tirer les conséquences absolutistes qui devaient profiter, dans l'Église, au Pape, dans l'État, à l'Empereur et bientôt à chacun des autres souverains (265).

La Communauté el le Droil Positif. — Il est vrai que cette doctrine fut énergiquement combattue par tous les

(264) Thom. Aquin. *loc. cit.* qu. 90, a. 3, qu. 97, a. 3; et *Comm. ad Polit.* pp. 477, 491, 499, 518. Aeg. Rom. III, 2, c. 29 : « *positiva lex est infra principantem sicut lex naturalis est supra* »; le Prince, étant l'intermédiaire entre le Droit Naturel et le Droit Positif, doit donner l'*auctoritas* nécessaire au Droit Positif, et adapter celui-ci à chaque cas particulier. Ptol. Luc. II, c. 8, III, c. 8, et IV, c. 1 : la différence essentielle entre le *principatus regalis* et le *principatus politicus* peut être définie de la façon suivante : le *principatus politicus* est un gouvernement responsable et régi conformément aux lois; dans le *principatus regalis*, au contraire, la *lex* se trouve « *in pectore regentis* », sorte de fontaine vivante d'où peut découler à chaque instant une nouvelle loi appropriée aux circonstances. Engelb. Volk. I, c. 10-11 : le *rex* est considéré comme la *lex animata*; celle-ci, pouvant s'adapter aux cas concrets, est préférable à la *lex inanimata*. Joh. Saresb. IV, c. 2. Occam, *Dial.* III, tr. 1, lib. 2, c.16. Petr. de Andlo, I, c.8.

(265) En ce qui concerne le Pape, se reférer à Boniface VIII, c. 1, in Sexto, 1, 2 (*qui jura omnia in scrinio pectoris censetur habere*); Aug. Triumph. I, qu. 22, a. 1; Alv. Pel., I, a. 58; Laelius dans Gold. II, pp. 1595 et suiv.; Aen. Sylv. a. 1457 (Voigt, II, pp. 240 et suiv.); Nic. Cus. après qu'il a changé d'opinion (*Op.* 825 et suiv.). En ce qui concerne l'Empereur, voir la doctrine de tous les champions du Droit Civil; les théories des Hohenstaufen; Frédéric II dans Otto Fris. III, 16 et IV, 4; Wezel, *loc. cit.*; lettres de Fréd. II, ann. 1244 et 1245 dans Huillard, Hist. dipl. Fréd. II, vol. VI, pp. 217 et 258; Pet. de Vin. ep. II, c. 8 (*quamquam enim Serenitati nostrae... subjaceat omne quod volumus*, etc.). III, c. 9; V c. 1 et suiv.; Höfler, pp. 70 et suiv.; Ficker, II, pp. 495, 539 et suiv, 554 et suiv.; Glose au Sachsensp, I a. 1, III a. 52, 53, 54, 64, Lehnrecht, a. 4; le résumé dans Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 26 et tr. 1, lib. 2, c. 6; Aen. Sylv. praef. et c. 19-21; Petrus de Andlo II, c. 8 (mais comment concilier cette doctrine avec celle qui est exposée plus loin (II c. 10), d'après laquelle l'Empereur peut être jugé par le Comte Palatin?).

auteurs qui attribuaient au Peuple, soit la souveraineté tout entière, soit une part de la souveraineté. Les partisans de la souveraineté du Prince déclaraient que, les constitutions républicaines étant les seules dans lesquelles la loi fût basée sur la volonté du peuple, elles étaient également les seules dans lesquelles la loi fût supérieure aux magistrats (266). Mais les champions du principe de la souveraineté du Peuple proclamaient de leur côté que, quelle que fût la forme du gouvernement, la loi ne pouvait avoir de force obligatoire que par l'assentiment de la communauté à laquelle elle s'appliquait : ils entendaient aussi que la loi fût obligatoire pour tous les souverains, même pour le Pape et pour l'Empereur (267). C'est à cette occasion que se trouve indiqué pour la première fois le principe de la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, principe

(266) Comp. Thom. Aq. Ptol. Luc. Engelb. Volk. Occam, Petrus de Andlo, suivant les indications données ci-dessus note 264. Aegid. Rom. III 2, c. 2 : il en est ainsi dans les villes italiennes, où, malgré la présence d'un Seigneur (*dominus*) ou d'un Podestat (*potestas*), « *totus populus magis dominatur* », puisqu'il se donne des constitutions « *quae non licet dominum transgredi* ». Patric. Sen. *De inst. reip.* I, 5 (*lex tantum dominatur*) et III, I (les magistrats dominent le peuple et les lois dominent les magistrats).

(267) Voir ci-dessus les notes 159, 166, 169-171, 186-187, 200. L'avis le plus catégorique est celui de Mars. Patav. I, c. 7-11, 14-15 et 18 : d'après lui le « *legislator* » est toujours le Peuple, et le « *principans* » doit se soumettre à la « *forma sibi tradita a legislatore* ». Nicol. Cus. II, c. 9-10, et 20, III, praef. et c. 41 : c'est de la volonté de la communauté que vient toute la force obligatoire des lois; le Pape doit respecter les « *canones* » et l'empereur les « *leges imperiales* »; enfin les lois ne doivent laisser au pouvoir administratif et au pouvoir judiciaire que le terrain strictement nécessaire à l'exercice de leurs fonctions. Gregor Heimb. II, pp. 1604 et suiv. Comp. Occam, *Dial.* III, tr. I, lib. 2, c. 6 : il remarque qu'il n'y a peut-être pas dans le monde entier d'exemple d'une constitution monarchique si absolue que son autorité soit affranchie de toute loi, et que d'ailleurs une constitution de ce genre ne mériterait la préférence que si le souverain était d'une vertu parfaite, ce qui ne se présente jamais dans la réalité. Thomas d'Aquin est d'accord avec lui en ceci qu'il préfère un pouvoir monarchique limité par des lois. — Naturellement les champions de la suprématie des lois invoquaient la « *lex digna* » du Droit Romain. Mais leurs adversaires ne voyaient dans ce texte rien de plus qu'un acte entièrement libre du Prince, dont la promesse d'adhérer aux lois paraissait digne d'éloge. [Voici ce texte fameux (lib. 4, Cod. I, 14) : *Digna vox majestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri*].

qui plus tard devait prendre une si grande importance dans le développement de l'idée de l'État fondé sur le Droit (*Rechtsstaatsidee*) (268). Cependant, il ne s'agissait pas de déterminer les relations du Droit et de la souveraineté, mais seulement de savoir à qui devait appartenir ce pouvoir souverain. En effet, aux yeux de ses partisans, la monarchie absolue avait un rôle antérieur et supérieur au Droit positif, mais ses adversaires voulaient attribuer exactement le même rôle, dans l'Église et dans l'État, aux assemblées investies de la souveraineté (269).

Droits Naturels et Droits Positifs. — La théorie du Moyen Age était donc unanime à reconnaître que, si les lois du Droit Naturel étaient au-dessus du pouvoir de l'État, par contre, celui-ci dominait à son tour les lois du Droit positif. Cet état de choses déterminait le rôle de l'État vis-à-vis des droits et des devoirs qui résultaient pour lui de ces deux ordres divers de lois.

Les droits qui découlaient du Droit positif étaient considérés, ainsi que ce Droit lui-même, comme des concessions faites par l'État, et ils étaient laissés à la disposition du Souverain. On n'admettait pas qu'au pouvoir public pût s'opposer le principe de la légitimité d'un droit dont le titre d'acquisition serait dérivé du Droit positif.

(268) Sur ce sujet on voit déjà, au Moyen Age, la formation de la théorie moderne, surtout dans Mars. Pat. I, c. 11, 14, 15, 18, et dans Nic. Cus, *loc. cit.* Il faut cependant observer que tous les écrivains mentionnés dans la note 266 posent en principe, dans la République, la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, séparation dont ils contestent la possibilité dans une Monarchie, et dont ils font donc un trait distinctif de la constitution républicaine. [Au *Rechtsstaat* les juristes allemands opposent généralement le *Beamtenstaat*.]

(269) C'est, pour l'assemblée du Peuple, ce qui ressort nettement de la théorie de Marsile de Padoue; quant au concile, l'effort pour le libérer des entraves du Droit Canon Positif apparaît dans la doctrine de l'Epieikia, qui est exprimée de la façon la plus claire par Henr. de Langenstein, *Cons. pac.* c. 15, Randuf, *De mod. un.* c. 5 (Gerson, *Op.* II, p. 166), et surtout par Gerson, *De unit. eccl.* (*ib.* pp, 115, 241 et 276).

Le domaine éminent.— Déjà existait la fameuse théorie du juriste Martinus [vers 1150], qui attribuait à l'Empereur la propriété effective de tous les biens, et par suite le pouvoir de disposer à son gré des droits des particuliers. Cette théorie était basée sur le principe suivant, tiré du Code (c. 7, 37, lib. 3) : *quum omnia Principis esse intelligantur.* Les défenseurs de l'Église s'emparèrent de cette théorie pour la faire valoir en faveur du Pape (270). Néanmoins la doctrine contraire, représentée par Bulgarus [vers 1150], gagnait de plus en plus de terrain. Elle enseignait qu'au-dessus de la propriété privée il n'y avait, de la part de l'État, qu'un droit de supériorité (*Hoheitsrecht*), parfois expressément désigné comme une simple *jurisdictio et protectio*, et qui, même quand on le supposait être un *dominium*, une sorte de domaine éminent, n'en était pas moins considéré exclusivement au point de vue du Droit Public (271). C'est cependant

(270) Voir l'exposé et la réfutation de cette doctrine dans Georg Meyer, *Das Recht der Expropriation*, Leipz. 1868, pp. 86 et suiv.

(271) Voir Accursius dans Gl. au lib. 3, Cod. 7, 37, v. *omnia principis* et lib. 2, *Dig. de rer. div.* v. *littora*; le Prince n'a pas la *proprietas*, mais la *jurisdictio vel protectio*). Jac. Aren., *Dig. prooem*, nos 1-7. And. Is. II, Feud. 40, nos 27-29. Bart. Const. I, *Dig. pr.* no 3; lib. 4, *Dig.* 50, 9 no 12; lib. 6, *Dig.* 50, 12 : partout est maintenue la distinction du « *dominium mundi ratione jurisdictionis et gubernationis* » et du « *dominium ratione proprietatis* ». Baldus, lib. 2, *Dig. de rer. div.*, Cons. I, *Dig. pr.* nos 10-11 : dans les « *singulae res* » un « *dominium* » double, mais « *diversa ratione* » : *jus* publicum *Coesaris*, privatum *privatarum personarum.* Baldus, II, Feud. 51, pr. nos 1-4 : distinction entre la souveraineté territoriale (*Gebietshoheit*) et la propriété (*Eigentum*), établie à propos de la cession d'une ville ou de sa soumission volontaire. Voir aussi Alv. Pel. II, a. 15 (l'*administratio* opposée au *dominium*) et a. 57 et 63 (le Christ n'avait pas de *dominium particulare*, mais il avait un *dominium generale*). Occam, *Dial.* III, tr. 2 lib. 2. c. 21-25, discute toutes les opinions en détail. Il rejette également celles qui attribuent et celles qui refusent à l'Empereur le titre de « *dominus omnium temporalium* » et il adopte la doctrine intermédiaire d'après laquelle le Peuple aurait transféré à l'Empereur un « *dominium quodammodo* ». Celui-ci est évidemment le « *dominium eminens* » de l'époque postérieure, puisqu'il est bien un « *dominium* » (quoique « *minus pingue* »), et qu'en même temps il est compatible avec les droits de propriété des particuliers sur les « *res privatorum* » et avec les droits de propriété du « *totum genus humanum* » sur les « *res nullius* ». Somn. Virid. II, c. 23-30 et 366 : le « *dominium universale* » de l'Empereur et du Pape est opposé au « *dominium appropriatius et specia-*

de ce droit de supériorité qu'on déduisit la théorie — absolument étrangère à l'ancien Droit Germanique — du droit d'expropriation, théorie d'après laquelle l'État, partout où cela est nécessaire pour qu'il remplisse son but, peut modifier ou abroger les droits privés (272).

La théorie de l'expropriation. — L'histoire de la théorie de l'expropriation est le récit des efforts qui furent faits pour limiter rigoureusement l'exercice de son droit. Tout le monde reconnaissait en effet que le pouvoir suprême devait respecter les droits acquis, et qu'il ne pouvait leur porter atteinte, s'il n'y était obligé par une « *justa causa* ». Ce principe, dont certains auteurs imposaient l'observation absolue (273), était admis, à titre de

lius » des particuliers. Ant. Ros. I, c. 70, Petrus de Andlo, II, c. 8. Almain, *Expos. ad qu.* I, c. 6 et II, c. 2. Decius, Cons. 538, nos 8-11 : en ce qui concerne chaque cité, aussi bien qu'en ce qui concerne l'Empereur, le droit de « *proprietas et dominium* » doit être distingué du droit de « *jurisdictio et imperium* », qui s'exerce sur les « *districtus et territorium* » et qui est une « *superioritas coërcitionis* »; en effet, « *proprietas et imperium nulla societate conjunguntur.* »

(272) Voir G. Meyer (*loc. cit.* note 270) pp. 76-115. Gierke, Joh. Althusius, pp. 269-272.

(273) Accursius dans Gl. au lib. 3, *Dig.* I, 14, v. *multo magis*, et d'autres passages de la Glose cités par G. Meyer p. 88; Gloss. Ord. au c. 1, *Dig.* 22, v. *Injustitiam.* Jac. Aren. *Dig. prooem.* nos 1-7; Andr. Isern. II Feud. 40, nos 27-29; Host. *Summa de rescript.* nos 11 et suiv.; Oldradus, Cons. 224 et 257; Bart. lib. 4, *Dig.* 50, 9, lib. 6, *Dig.* 50, 12, lib. 6, Cod. I, 22 et Const. I, *Dig. pr.* nos 4-6 (ni *rescribendo* ni *legem condendo*); Raphaël Fulgosius, Cons. 6, nos 46-47, Cons. 21, nos 12 et 28; Paul Castr, lib. 23, *Dig.* 41, 2, lib. 6, Cod. 1, 22, Const. I, c. 229; Jason lib. 3, *Dig.* I, 14, nos 24-34 et Const. III, c. 86, no 14; Anton. Butr. c. 6, X. 1, 2, nos 20-22; Panorm. eod. c. no 6; Bologninus, Cons. 58; Alex. Tart. Cons. II, c. 190 (surtout no 13) et c. 226 no 18; Franc. Curtius sen. Cons. 20, 49, 50, 60; Christof. de Castellione, Cons. 8, nos 16-18; Joh. Crottus, Cons. II, c. 156, nos 28-44; Ant. Ros. IV, c. 8 et 10. — Suivant Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 23-25, le « *dominium quodammodo* » qu'il reconnaît à l'Empereur aurait pour conséquence le droit d'annuler, de s'approprier ou de transférer à autrui la propriété privée, et d'interdire l'occupation de la « *res nullius* »; mais ces actes ne doivent pas être faits « *ad libitum* », mais seulement « *ex causa et pro communi utilitate* », et en tant que cette utilité générale doit être préférée à la « *privata utilitas* ». Et en même temps, c'est Occam qui, avec le plus d'insistance (*ib.* c. 27), fait valoir qu'il ne s'agit pas seulement d'une

règle générale, même par ceux qui permettaient au Souverain de s'en affranchir, soit toujours, soit seulement dans certaines circonstances (274). On considérait que la légitimité de l'intervention du pouvoir n'était pas limitée aux cas dans lesquels la déchéance des droits privés résultait d'un délit ou d'une des causes nombreuses et variées qui avaient le même effet : cette intervention avait toujours sa « cause suffisante » dans la nécessité publique, à laquelle le droit privé devait céder en cas de conflit. En même temps, on affirmait de plus en plus nettement, qu'en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique une indemnité devait être assurée par les finances publiques (275); mais à cette règle on admettait des exceptions, soit dans le cas d'une loi générale qui

limite au pouvoir du monarque, mais d'une limite au pouvoir même de l'État; car, dans sa théorie, les droits de l'Empereur s'arrêtent devant les droits des particuliers parce que le *Populus*, qui a transféré son pouvoir au *Princeps*, n'avait pas lui-même de pouvoir illimité; et en effet (d'après le c. 6, X. 1, 2) les droits d'un particulier n'étaient pas soumis aux décisions de la majorité, sauf en cas de nécessité (*de necessitate*).

(274) C'est cette attitude qui, malgré une forte tendance à l'absolutisme est prise par Jacob Buttrig., lib. 2, Cod. I, 19; Alber. Rosc. Const. I, *Dig.* v. *omnis*, nos 5 et suiv.; lib. 15, *Dig.* 6, I; lib. 2, Cod. 1, 19; Baldus, Const. I, *Dig. pr.* no 11; lib. 7, Cod. 1, 19; lib. 6, Cod. 1, 22; lib. 3, Cod. 7, 37. Quant aux opinions intermédiaires, voir Felinus Sandaeus, c. 7, X. 1, 2, nos 26-45; Decius, eod. c. nos 19-24 et Cons. 191, 198, 269, nos 4-5, 271, no 3, 352, no 1, 357 no 3, 361, no 7, 250, nos 5-6, 588, 606, no 8, 699 no 8; Riminald. Cons. I. c. 73; Ludov. Rom. Cons. 310 (une « *justa causa* » est nécessaire dans le cas d'une « *lex specialis* », mais non dans le cas d'une « *lex universalis* »); Bened. Capra, Reg. 10, nos 30 et suiv.

(275) En ce qui concerne les variations de la *Glossa Ordinaria*, voir Meyer, *op. cit.*, pp. 92-94. En faveur de l'indemnité se prononcent énergiquement les auteurs suivants : Baldus lib. 2, c. 7, 13; Decius, lib. 11, *Dig. de Reg. Jur* et Cons.. 520 (*recompensatio*); Jason lib. 3, *Dig.* 1, 14 et Cons. III, c. 92 no 11 (*si causa cessat debet res illa restitui si potest*); Paul Castr. lib. 5, § 11, *Dig.* 39, 1, no 4, lib. 10, Cod. 1, 2 no 3; Lud. Rom. Cons. 310, no 4; Bertach. Rep. v. *civitas*, nos 88 et 96; Felin. Sand. c. 6, X. 1, 2, no 2 et c. 7 eod., nos 28-29; Aen. Sylv. c. 18 (autant que possible « *ex publico compensandum est* »); Crottus, Cons. II, c. 156, no 27 (*princeps propter favorem publicum si auferat dominium alicui debet pretium solvere*), nos 2829 (à propos des expropriations faites dans les villes), no 31 (à-propos du Pape). — Dans le parti contraire, Alber. Rosc., lib. 14, § 1, *Dig.* 8, 6.

affectait également tous les particuliers (276), soit dans le cas de nécessité (277).

Le Droit Naturel, la Propriété et le Contrat. — Ce qui est extrêmement caractéristique de la doctrine du Moyen Age, c'est qu'elle estima que la protection des droits acquis ne pouvait être basée sur le Droit Positif. L'inviolabilité de ces droits vis-à-vis du souverain ne parut justifiée que dans la mesure où le Droit Naturel leur offrait une base indépendante du Droit Positif. A cet égard deux principes servirent de fondement à toute la doctrine. Le premier principe était que l'institution de la propriété avait ses racines dans le *Jus Gentium*, c'est-à-dire dans un Droit qui, étant antérieur à l'apparition de l'État, dérivait directement du Droit Naturel sans que l'État eût servi d'intermédiaire. Il était donc impossible que les droits acquis en vertu de cette institution dûssent leur existence exclusivement à l'État (278). Le second principe était que la force obligatoire du Contrat avait son origine dans le Droit Naturel ; c'est ainsi que par contrat le souverain pouvait assumer, vis-à-vis de ses sujets, des obligations valables pour ses successeurs aussi bien que pour lui-même, ce qu'il ne pouvait faire par une loi. Par suite, l'État devait considérer comme inviolables (exception faite des interventions *ex justa causa*) tous les droits qu'il avait concédés par con-

(276) Decius, Cons. 520 : la loi peut annuler des droits « *generaliter* », et, en ce cas, ce peut être « *sine compensatione privatorum* »; mais si cette annulation est faite « *particulariter alicui subdito* », elle ne peut avoir lieu que « *cum recompensatione* ». Jason, lib. 3, *Dig.* 1, 14, nº 44; Paris de Puteo, *De synd.*, p. 41, nº 24. Ant. Ros., IV, c. 8 et 10.

(277) Ainsi, par exemple, Aen. Sylv., c. 17-18 : dès que « *reipublicae necessitas id expostulat* », et quoique cela « *aliquibus fortasse durum videbitur et absurdum* ».

(278) Dans ce sens s'exprime déjà la Glos. Ord. au lib. 2, Cod. 1, 19, et lib. 6, Cod. 1, 22; de même Hostiensis, Jac. de Arena, Oldradius, Fulgosius, Iserna, Bartolus, Paul. Castrensis, Jason, Occam aux passages cités ci-dessus note 273; de même encore, mais en accordant à la propriété une protection moins étendue, Alber. Rosc., Baldus, Decius, Bened. Capra,

trat (279). Ces deux principes étaient exclusifs, et quand un droit privé ne pouvait s'appuyer sur un titre d'aucune de ces deux variétés du Droit Naturel, il rentrait dans le *Jus mere positivum*; la doctrine était donc logiquement obligée de le laisser à la discrétion du pouvoir public (280).

aux passages cités ci-dessus note 274. Voir aussi Joh. Paris. c. 7, où la propriété privée est placée en dehors de la sphère du Pouvoir public, temporel ou spirituel, en vertu de l'argument qu'une propriété de ce genre, résultant du travail d'un individu, est un droit qui se forme sans l'intervention de la société et du pouvoir commun (*commune caput*). Paris de Puteo, *De synd.* p. 41, nos 22-24; Somn. Virid. I. c. 156-161; Bertach. v. *plenitudo potestatis*; Petrus de Andlo II, c. 8; Gerson IV, p. 598; Ant. Ros. c. 8 et 10 (la propriété privée a sa source dans le *jus gentium*, mais dans le *jus gentium secundarium*, ce qui permet de l'annuler *ex causa*). — A l'objection que seule l'institution de la propriété avait son origine dans le *jus gentium*, et que le principe de cette institution n'était pas atteint par les expropriations imposées à certains particuliers, on répondait que la *distinctio dominorum* et l'établissement permanent de certains modes d'acquisition devaient également être attribués au *jus gentium*.

(279) Baldus I, Feud. 7 (Dieu a soumis à l'Empereur les lois, mais non les contrats); Ludov. Rom. Cons. 352, nos 15-25; Christof. Castell. Cons. 8 no 25; Jason, Cons. I c. 1 et c. 56, II c. 223 nos 16 et suiv. et 226; Decius, Cons. 184 no 2, 286 no 5, 292 no 8, 404 no 8 (car « *Deus ipse ex promissione obligatur* »), 528 no 6, 689 nos 7-27. — Cependant la rupture d'un contrat est encore autorisée « *ex justa causa* » (Jason, Cons. I, c. 1, nos 12 et 29 et suiv., II c. 226 no 43, lib. 3, Dig. 1, 14 no 34; Bened. Capra Reg. 10, nos 43 et suiv.; Ant. Ros. IV, c. 14). — En vertu de ce qui précède, la vieille discussion qui se poursuit sur le point de savoir si une ville peut révoquer la franchise d'impôts promise à un immigrant est généralement tranchée par la négative, parce qu'un acte de ce genre serait une rupture de contrat; cependant des exceptions sont permises « *ex causa* », par exemple quand il s'agit de punir un délit, ou que l'existence de la ville est en jeu; Jason, Cons. I c. 1, nos 21-30; Ant. Ros. IV, c. 15.

(280) Aussi la Glose ord. au lib. 2, Cod. 1, 19 et lib. 1, Cod. 1, 22, déclare-t-elle que les droits privés sont suspendus par le seul fait qu'ils entrent en conflit avec le *Jus civile*, et qu'ils sont abolis par simple rescrit, pourvu que l'intention de les abolir soit clairement exprimée; mais beaucoup d'auteurs, ajoute-t-on, déclarent qu'en ce dernier cas ce rescrit, pour être valable, doit contenir la clause « *non obstante lege* ». Cette opinion est en effet exprimée par Hostiensis, Paulus Castrensis, Jason et d'autres. Bartolus admet que les droits fondés *ex jure civili* peuvent être abolis « sans cause », mais seulement par voie législative, et non par simple rescrit (à moins que le dommage ne soit insignifiant). D'autre part, Baldus, Decius et d'autres auteurs déclarent que des droits de cette nature peuvent être révoqués sans condition et dans n'importe quelle forme. Innocent IV, Alb. Rosc. et quelques autres estiment que l'État ne peut supprimer le droit de propriété (*dominium ipsum*), mais qu'il peut le rendre illusoire en supprimant les droits d'action (*actiones*) dont l'origine

Cette manière de voir concernait surtout les droits qu'on plaçait sous la rubrique des « privilèges ». Ceux-ci avaient pour origine une concession unilatérale de l'État et n'étaient sanctionnés que par le Droit Positif. D'après une opinion de plus en plus répandue, la révocation des droits de cette espèce était toujours permise dans l'intérêt du bien public (281).

Les droits innés et les droits acquis. — On estimait que la mesure dans laquelle il fallait protéger les droits acquis devait être déterminée par le « titre » d'acquisition de ces droits et par la place qu'il occupait dans le Droit Naturel. Par contre il fallait, contre le Droit Positif, protéger d'une façon absolue les droits innés, qui provenaient directement du Droit Naturel (comme le droit à la vie), et auxquels, puisqu'il n'étaient conditionnés par aucun titre, on ne pouvait opposer de titre contraire.

Les droits de l'homme. — A cet égard on trouve partout, dans la doctrine du Moyen Age, l'idée que l'individu a des droits innés et indestructibles. La tâche de formuler et de classifier ces droits appartient à un stage postérieur du développement de la théorie du Droit Naturel. Mais, dans la philosophie du Moyen Age, le principe de l'exis-

ne remonte pas au delà du Droit Positif. Anton. Ros. III, c. 14 et Bened. Capra, Reg. 10, nos 43-52 discutent en détail la question de la révocation des « *jura mere positiva* ».

(281) Jason, Cons. I, c. 1, no 20, c. 56, nos 1, 2, 7, 8, 21, II. c. 226, nos 43-49 : les « *privilegia* » accordés à titre gratuit peuvent être révoqués « *sine causa* »; ceux qui ont été accordés à titre onéreux peuvent être révoqués « *ex causa* ». Felinus Sand. c. 7 X. 1, 2, nos 48-52 : le *princeps* peut « *jus auferre, cujus ipse fuit causa ut acquireretur* ». Bened. Capra, *loc. cit.* fait exception pour le cas des « *non subjecti* ». Aen. Sylv. c. 15 : des privilèges peuvent être révoqués s'ils sont *reipublicae damnosa*. — Dans la *Disput. inter. mil. et cler.*, p. 686, et dans le *Somnium Viridarii* I, c. 33-34, le chevalier a déjà recours à cette doctrine pour expliquer que l'État « *pro ardua necessitate reipublicae vel utilitate manifesta* » peut révoquer tous les privilèges ecclésiastiques, puisque chacun de ceux-ci doit être censé contenir une clause d'après laquelle il ne pouvait porter dommage au salut public (*salus publica*).

tence de ces droits est le corollaire de la valeur objective et absolue qu'on attribue aux préceptes les plus élevés du Droit Naturel et du Droit Divin. Il suffit d'un rapide coup d'œil sur la doctrine médiévale pour constater que là, en opposition avec les théories de l'antiquité, se trouve partout l'idée de la valeur absolue et immortelle de l'individu, idée que le Christianisme révéla au monde et que le Germanisme comprit dans toute sa profondeur. L'idée que la destinée éternelle à laquelle chaque individu est appelé lui confère un caractère sacré et intangible, même pour la Puissance suprême, l'idée que la moindre partie a une valeur, non seulement par sa participation au tout, mais encore par elle-même, l'idée enfin que la communauté doit considérer l'individu, non comme un simple instrument, mais comme une fin en soi, toutes ces idées, la doctrine du Moyen Age ne se contente pas de les suggérer, elle les exprime, bien qu'elle ne leur donne pas toujours une forme aussi nette (282).

Les droits de la Communauté. — Mais il fallait les concilier avec la théorie d'après laquelle la société avait, par son origine et son essence, un droit souverain (*Hoheitsrecht*). Cette théorie avait trouvé son modèle dans l'Église. Celle-ci donnait en effet l'exemple d'une puissance sociale qui, en vertu du Droit Divin, était nécessairement impliquée dans l'existence de la société, et, par suite, était absolument une, indivisible et inaliénable. Les légistes et les publicistes ne tardèrent pas à réclamer pour la plénitude du pouvoir impérial les mêmes attributs de nécessité, d'unité, d'indivisibilité et d'inaliénabilité. Ils comptaient en effet en tirer parti contre l'Église, pour prouver la nullité de la Donation de Constantin (283), et contre les autres souverains tem-

(282) Voir ci-dessus notes 2, 87, 125-130; Dante, *Mon.* I c. 3; Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 28.

(283) Déjà dans la Glose aux Auth. Coll. I. tit. 4, prooem. v. *conferens*, sont indiqués les arguments que les légistes développèrent plus tard pour

porels, pour prouver que, soit par privilége, soit par prescription, il leur était également impossible de s'affranchir complètement de la domination de l'Empire (284). Cette démonstration n'avait qu'une valeur théorique tant qu'elle avait l'Empire pour objet; mais elle acquit une valeur pratique dès qu'elle fut appliquée à l'État. On s'en servit de plus en plus, en l'appuyant de déductions juridiques et philosophiques, pour poser les bases de la doctrine sur laquelle pouvait s'élever l'État moderne, qui était dans sa période de crois-

prouver la nullité de la Donation de Constantin, le pouvoir impérial étant inaliénable, et toute « *expropriatio territorii, dignitatis vel jurisdictionis* » étant impossible. Pour une discussion approfondie de cette question, voir Bartol. prooem. *Dig.* n[os] 13-14 et Baldus eod. n[os] 36-57, et prooem. Feud. n[os] 32-33. Comp. Dante, *Mon.* III, c. 10 : « *nemini licet ea facere* per *officium sibi deputatum quae sunt* contra *illud officium* »; l'Empereur ne peut pas détruire l'Empire, qui existe avant lui-même, et dont il tire ses droits impériaux (*ab eo recipiat esse quod est*); « *scissa esset tunica inconsutilis* »; chaque fois qu'une donation ou une inféodation est faite par l'Empereur, on doit réserver « *superius illud dominium, cujus unitas divisionem non patitur* ». Lup. Bebenb. c. 13, pp. 391-393. *Quaestio in utramque p.* 106 ad. 4. Occam, *Octo* qu. I, c. 12, III, c. 9, VIII, c. 1, *Dial.* III, tr. 2, lib. 1, c. 27. Glose au Sachsensp, III, a. 63. Damasus, Broc. M. III, br. 19, Greg. Heimb. I, p. 560. Anton. Ros. I, c. 64-70 (« *officium publicum* »; « *imperium indivisibile et inalienabile* » ;« *corpus mysticum* »; « *ecclesia non capax* »; « *populus Romanus liber, non in commercio* »). — La justesse de ces raisonnements n'est pas contestée par le parti adverse. Mais celui-ci invoque un titre exceptionnel pour défendre la validité de la Donation ; elle a été faite à Dieu, et,par suite, n'est pas soumise aux restrictions ordinaires. Tel est l'avis de Bartolus (dont, à vrai dire, le principal argument est qu'il enseigne dans les États Pontificaux), de Baldus et d'autres. Cependant la doctrine sur laquelle insistent surtout les partisans du Pape, c'est que celui-ci était déjà « *verus dominus jure divino* », et que, par suite, la donation a le caractère d'une simple « *restitutio* ». Ainsi s'expriment Innocent IV, Ptol. Luc. III, c. 16; Alv. Pel., I. a. 13 E, 43 D-E, 24 S, 56 M, 59 H, II, a. 29; Aug. Triumph. I, qu. 1, a. I, II, qu. 36, a. 3, 38, a. 1, 43, a. 1-3; comp. And. Isern. I, Feud., I, n° 10 et Petr. de Andlo I, c. 11 et II c. 9. — L'opinion énergiquement exprimée par Wezel, ann. 1152 (dans Jaffé, *Mon. Corb.* p. 542) et reproduite par Lup. Bebenb. c. 13, indique qu'on n'avait pas entièrement perdu l'idée que toute l'histoire de la donation de Constantin était imaginaire; cependant la fausseté de cette histoire ne fut prouvée que plus tard, par Nic. Cusanus (III, c. 2) et par Laur. Valla (ann. 1439 dans Schard, pp. 734-780).

(284) V. ci-dessus note 58. Dans Lupold von Bebenburg (c. 15, pp. 398-401), on trouve l'expression la plus nette de ce principe généralement admis, que l' « *imperium* » étant « *ob publicum usum assignatum* », devait être « *extra commercium* » ainsi que toute autre « *res in publico usu* ».

sance. Il s'éleva effectivement en absorbant lentement les droits féodaux et patrimoniaux du Moyen Age. Ainsi se forma la doctrine du pouvoir de l'État, immuable en son essence, produit direct du Droit Naturel, antérieur et supérieur à tout le Droit Positif, pouvoir qui, étant un attribut originel et essentiel de la communauté, était corrélatif des droits innés de l'individu. Dès lors se formulèrent de plus en plus nettement ces indestructibles droits souverains (*Hoheitsrechte*) qui étaient implicitement contenus dans l'idée de l'État, et qui ne pouvaient être restreints par aucun titre de Droit Positif, puisqu'eux-mêmes ne demandaient rien à ce Droit (285). L'idée de la souveraineté reçut son attribut essentiel, puisque, tout en autorisant l'accroissement indéfini du Pouvoir suprême, on ne lui refusait qu'une seule faculté, celle de se détruire lui-même. On se servait surtout de ce principe pour en déduire l'inaliénabilité des droits de la Couronne (286), mais dès le Moyen Age on en déduisit également l'inaliénabilité des droits du peuple. En effet, puisque, suivant l'opinion générale, la souveraineté avait primitivement appartenu à la communauté, les droits

(285) Les juristes et les publicistes formulent de plus en plus nettement le principe général en vertu duquel tout contrat est nul dès qu'il porte atteinte à un des droits essentiels de l'État, et aucun titre n'est valable contre l'obligation de se soumettre qui découle de l'idée même de l'État. (Cf. les passages cités dans la note 283.) Par suite les contrats faits par un Prince n'obligent pas son successeur si par eux « *monarchia regni et honor coronae diminui possit* », ou s'il en résulte « *magna diminutio jurisdictionis* » ou l'abandon de « *regalia status* ». Voir Bart. lib. 3 § 2, *Dig.* 43, 23, nº 5; Bald. I Cons. 271, nº 3; Joh. Paris, c. 22; *Somn Virid.*, II, c. 293; Picus a Monte Pico, I. Feud, 7 nº 10; Jason, Cons. III, c. 10, nºs 6-9, 16, 24-25; Crottus, Cons. II, c. 223 nºs 11 et 21-22; Bertach v. *successor in regno.* Ainsi le contrat par lequel une ville accorderait l'exemption des impôts pourrait être valable à l'égard d'un immigrant, mais serait sans valeur à l'égard d'un « *civis jam subditus* » : Bart. lib. 2, *Dig.* 50, 6, nºs 2 et 6; pour l'opinion contraire, voir Gal. Marg. c. 30, nº 11 et Dur. Spec. IV, 3, de cens. § 2, nº 12.

(286) Voir les notes 283-285, Dante, III, c. 7 : l'Empereur ou le Pape connaît, comme Dieu, une limite à sa puissance, c est « *quod sibi similem creare non potest : auctoritas principalis non est principis nisi ad usum, quia nullus princeps seipsum autorizare potest* ». Aen. Sylv. c. 11-12.

de celle-ci étaient considérés comme inaliénables, et l'on affirmait déjà, comme un axiome, que la souveraineté du Peuple était absolument indestructible et basée sur le Droit Divin aussi bien que sur le Droit Naturel (287). En accord avec cette théorie s'en formait une autre, d'après laquelle les droits souverains (*Hoheitsrechte*), qui appartenaient à l'essence même de l'État, devaient être distingués des droits fiscaux qui, ayant été acquis par hasard, appartenaient à l'État au même titre qu'à un particulier (288).

C'est ainsi qu'à la suite du triomphe de la doctrine

(287) L'opinion la plus nettement exprimée à ce sujet est celle de Nic. Cus. (ci-dessus note 171); mais aussi Mars. Pat. I c. 12 (aux mots « *nec esse possunt* »); en ce qui concerne l'Église, voir ci-dessus notes 189 et 200. D'après Occam, *Dial.* III, tr. I, lib. 1, c. 29, certains auteurs estimaient que le « *Populus Romanus* » ne pouvait valablement renoncer à l'hégémonie de l'univers et imposer sa renonciation au « *populus sequens* »; mais cette opinion est réfutée en vertu du caractère simplement « positif » du droit des Romains à l'hégémonie, et en vertu de la doctrine de la force obligatoire des décisions prises par une corporation.

(288) Bartol. Rubr. C. 10, 1, nos 3-5 et 9-10. L'idée du « *Fiscus* » comprend seulement « *quicquid ad commodum* pecuniarium *imperii pertinet* : *alia vero*, *quae ad* jurisdictionem et honores *imperii pertinent et non commodum pecuniarium et bursale*, *continentur nomine* reipublicae *et non fisci* ». Baldus, II. Feud. 51, p. no 4 : une ville qui se soumet à une autorité étrangère abandonne en même temps la *jurisdictio* sur les moulins municipaux qu'elle avait « *sicut ipsa civitas* », mais elle garde la propriété de ces moulins, qu'elle avait « *jure privato* ». Comp. Bald. Rubr. C. 10, 1 no 11, Cons. 1 c. 271, no 2, mais spécialement lib. 1, Cod. 4, 39, no 4 et surtout lib. 5, Cod. 7, 53 no 13 : distinction entre les « *res universitatis in commercio* » et « *extra commercium* » : parmi celles-ci — auxquelles appartiennent tous les droits publics — « *tenuta capi non potest* » (une tenure ne peut pas être créée); aussi le droit d'imposer une taxe « *cum sit publicum auctoritate et utilitate et sit meri imperii* » est-il inaliénable et ne peut-il jamais « *privato concedi vel in tenutam dari* »; seule, la *commoditas* (le produit matériel) de ce droit peut être vendue, donnée ou affermée, de sorte que la « *civitas ipsa* » continue à « imposer » la taxe dont le paiement est exigé par l' « *emptor vel conductor* »; la ville peut encore instituer un *capitaneus* ou un *conservator* qui, la représentant en qualité de *procurator*, impose les taxes et exerce les autres droits régaliens (*Hoheitsrechte*); « *et sub hoc colore perdunt civitates suas libertates*, *quae de decreto vendi non possunt* ». Voir la distinction des droits souverains et des droits fiscaux de l'Empire dans Occam, *Dial*, III, tr. 2, lib. 2, c. 23; voir aussi comment le *commodum pecuniarium* qu'implique l'idée du *fiscus* est distingué des *regalia* qu'implique l'idée de la *respublica*, dans Vocab. Juris, v. *fiscus*, dans Paul. Castr., lib. 4, Cod. 2, 54, Marcus, Dec. I, qu. 338, nos 8-10 et 17, Martinus Laudensis, *De fisco* qu. 141.

du Droit Naturel on commenca à comprendre le principe de la séparation du *Jus Publicum* et du *Jus Privatum*. Tout d'abord, cette séparation, apprise dans le Droit Romain, ne paraissait être guère plus qu'une question de mots, mais de plus en plus s'imposa la nécessité de la mettre à la base de toutes les constructions juridiques (289).

Théories des abus de pouvoir de l'Etat. — Au cours de toutes ces discussions sur les relations de l'État et du Droit, une profonde divergence d'opinions se manifesta dans la doctrine du Moyen Age. Cette scission se produisit lorsqu'on voulut déterminer la situation qui se présentait quand le Pouvoir public sortait des limites fixées par le Droit.

Théories de la nullité des actes de l'Etat. — Dans la doctrine propre au Moyen Age, qui ne s'effaça jamais entièrement, toutes les fois que le souverain outrepassait les limites fixés par le Droit Naturel, son acte était déclaré absolument nul et ne pouvait avoir aucune force obligatoire. Par conséquent le juge, ou tout autre magistrat chargé d'appliquer le Droit, devait considérer comme nulle et non avenue toute disposition contraire au Droit qui serait prise, soit par un acte d'administration, soit par une loi, même si celle-ci émanait du Pape ou de l'Empereur (290). Mais les sujets, eux aussi,

(289) Voir les passages cités ci-dessus dans les notes 284, 285 et 288. — Dans le travail d'approfondissement de la distinction du Droit Public et du Droit Privé, il faut reconnaître jusqu'à un certain point l'influence indirecte des philosophes et des distinctions qu'ils ont établies entre les différentes sortes de *justitia*. Telle est, par exemple, la distinction thomiste entre : 1° la *justitia particularis*, qui est *a*) commutative, réglant les relations d'homme à homme, ou *b*) distributive, partageant entre les individus ce qui est commun, et 2° la *justitia generalis s. legalis*, qui fixe aux droits individuels des limites conformes aux exigences du *bonum commune*. Voir Thom. Aquin, *Sum. Theol.* II, 2, qu. 58 et suiv.; et II, I, qu. 105, a. 2. De même Aegid. Rom. cité ci-dessus, note 83.

(290) Tel est, jusqu'à un certain point, l'avis de tous les écrivains mentionnés dans la note 257, et, spécialement en ce qui concerne la révo-

et chacun pour son compte, pouvaient considérer cet ordre ou cet acte comme nul et non avenu. C'est précisément pour cela que leur devoir d'obéissance était conçu comme un devoir conditionnel et que le droit de résister par la force aux mesures tyranniques leur était reconnu (291).

Théorie de l'omnipotence formelle de l'Etat. — Cette manière de voir essentiellement médiévale s'accordait entièrement avec la pratique du Droit public à l'époque féodale, où la communauté était représentée par la réunion des « États ». Mais quand l'idée de la souveraineté se formula plus nettement, les théoriciens commencèrent à affirmer que dans le domaine légal la toute-puissance du souverain était absolue. La doctrine officielle fut donc encore obligée de déclarer que, dans une monarchie, cette toute puissance absolue était l'apanage de tous les actes du monarque, aussi bien législatifs qu'exécutifs. Par contre, la doctrine de la souveraineté du peuple trouva là l'occasion de faire une application féconde du principe de la séparation des pouvoirs, en réservant cette toute-puissance absolue aux actes législatifs. Quand ce point de vue fut admis, toutes les limites fixées au Pouvoir public ne représentèrent plus que les exigences de la Justice qui s'opposait à la Volonté

cation des droits acquis sans *justa causa*, l'avis des auteurs mentionnés dans la note 273 : voir surtout Gloss. Ord. au lib. 2, Cod. I, 19 et lib. 6 Cod. I 22, Host. *loc. cit.* ;Jacob. Aren. *loc. cit.* (l'Empereur s'il ordonne un acte contraire au Droit « *quasi non facit ut imperator* »), Raphaël Fulgosius *loc. cit.* (il fait valoir que l'opinion contraire, d'après laquelle tout acte de l'Empereur est valable, même s'il est contraire au Droit, aurait pour conséquence pratique de tout soumettre à l'arbitraire). Comp. Bened. Capra, Reg. 10, n°s 35-42. Bartolus, le premier, établit une distinction, qui se généralise plus tard, entre les différentes façons dont un droit peut être lésé : 1° *legem condendo*; 2° *judicando*; 3° *rescribendo*, et il reconnaît que, de tous les actes, c'est l'acte législatif qui a le plus de force : cependant il déclare expressément que les lois elles-mêmes sont nulles si elles portent atteinte au Droit Naturel proprement dit. — Voir ci-dessus, note 259 *in fine*.

(291) Voir ci-dessus, notes 129-130 et 134.

souveraine. Mais lorsque, consciemment et sans détour, cette Volonté se proclamait supérieure à ces exigences, elle créait en même temps un Droit absolument obligatoire, un Droit qui, par une contrainte extérieure, s'imposait aux magistrats aussi bien qu'aux individus (292).

L'Etat et le Droit Naturel. — Néanmoins on voyait survivre cette idée, que toute obligation de l'État qui était déduite du Droit Naturel était une obligation légale. Bien qu'on ne réussît pas à délimiter exactement le domaine du Droit Naturel et le domaine de la Morale, les règles qu'on fixait à l'exercice légitime du Pouvoir suprême n'étaient pas considérées comme de simples préceptes moraux. On les considérait comme des limites imposées à l'action extérieure, et on les distinguait des exigences purement morales, qui ne s'adressent qu'au libre arbitre intérieur (293). Personne ne doutait que les principes du Droit Divin et du Droit Naturel

(292) Le point capital de cette doctrine, c'est que si le Souverain n'a pas de *justa causa* pour porter atteinte à des droits acquis, il peut y suppléer par l'affirmation de la pleine conscience (*ex certa scientia*) avec laquelle il exerce sa *plenitudo potestatis* : affirmation qui peut se manifester par la clause « *lege non obstante* ». Cette doctrine, qu'on rencontre pour la première fois, encore mal dégrossie, dans Durantis, *Speculum*, I, tit. interd. leg. et sedi Apost. reserv. nº 89 (cf. G. Meyer, *op. cit.* p. 101), est combattue par les juristes cités dans notre note 273 (quoique Jason dans Cons. II, c. 233, c. 236, nºs 12-13 et IV, c. 107, nº 4 lui fasse de larges concessions); elle est défendue, bien qu'à des degrés divers, par les juristes mentionnés dans notre note 274. Voir surtout Alber. Rosc., *loc. cit.* où disparaît pratiquement toute différence entre le Droit Naturel et le Droit Positif, et où est réclamée, pour les édits impériaux, la même omnipotence formelle que pour les actes de législation. Baldus, *loc. cit.*; Felin. Sand. *loc. cit.* nºs 60-66 (malgré les nºs 45-52; Riminald. Cons. I, c. 73; Capra, *Reg.* 10, nºs 48-52, 56-59; Decius, c. 7, X. 1, 2, nºs 27-28, Cons. 198, nº 7, 269, nºs 4-5, 271, nº 3, 640, nºs 6-7, et surtout 588, nºs 1-14; de même Aen. Sylv., c. 16-17. — De ce qui précède découle logiquement la négation du droit de résister par la force; voir ci-dessus note 127.

(293) Ceci apparaît visiblement dans la manière toute différente dont les théoriciens traitent : 1º la « *lex naturalis et divina* » dont l'observation est obligatoire même pour le souverain, mais qui, comme toutes les « *leges* », concerne les « *actus exteriores* », et 2º l'instruction du Prince Vertueux, au développement de laquelle les publicistes du Moyen Age s'emploient avec beaucoup de zèle.

n'eûssent le caractère de véritables règles de Droit, même quand ils ne recevaient pas le secours de la contrainte extérieure. Personne ne doutait qu'il n'y eût un Droit réel, placé en dehors de l'État, auquel il était antérieur et supérieur. Personne ne doutait que le Droit, au point de vue purement formel, ne pût être une injustice matérielle, et que l'injustice, au même point de vue purement formel, ne pût être le Droit matériel (294). Personne ne doutait que le devoir d'obéissance des sujets, illimité dans la forme, ne fût restreint dans la réalité par l'observation des commandements de Dieu et du Droit Naturel. Personne ne doutait que le mot de l'Écriture Sainte, suivant lequel il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes, ne contînt une règle de Droit valable en tout temps et en tout lieu. Personne ne doutait donc que le sujet le plus infîme ne fût dans le Droit quand, pour obéir à sa conscience, il refusait d'obéir au Pouvoir souverain et en supportait avec fermeté les conséquences. Personne ne doutait non plus que ce sujet, s'il prenait l'attitude contraire, ne fût dans l'injustice, et non dans le Droit (295).

(294) Joh. Saresb. IV, c. 1, 2 et 4, parle déjà d'une « *lex justitiae* » à laquelle le Souverain reste soumis, puisque l' « *aequitas et justitia* », dont la loi est l' « *interpres* », doit gouverner sa volonté. Avec Thomas d'Aquin apparaît la formule suivant laquelle le Prince, même quand les règles de droit n'ont plus de « *vis coactiva* » contre lui, reste cependant obligé par elles « *quantum ad vim directivam* »; comp. *Summa Theol.* II, 1, qu. 96 a. 5, et qu. 93, a. 3. Pour cet auteur, la force obligatoire de la « *lex humana* » est ainsi limitée, en ce qui concerne le souverain, à une simple « *vis directiva* »; c'est pourquoi, dans ce domaine, il arrive que même des lois injustes (par exemple celles qui vont « *ultra sibi commissam potestatem* », qui imposent des taxes injustes ou injustement réparties, ou qui sont « *contra commune bonum* ») ont, au point de vue formel, force de loi, bien qu'elles ne créent pas d'obligation « *in foro conscientiae* » : comp. *ib.* qu. 90, a. 2, et qu. 96, a. 1-4. De même Joh. Friburg. c. II, t. 5, qu. 204. D'autre part, les auteurs qui maintiennent sans condition la souveraineté formelle du législateur, et qui, par suite, n'accordent contre lui aucune « *vis coactiva* », même au Droit Naturel, sont unanimes à reconnaître à celui-ci au moins une « *vis directiva* ». Voir aussi Ptol. Luc. *De reg. princ.* IV, c. 1, Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 28. Gerson IV, pp. 593 et suiv., surtout p. 601.

(295) Voir ci-dessus notes 127-128. La limite du devoir d'obéissance est toujours représentée comme une matière de jurisprudence, et est dé-déduite de la nature de la *lex* ou du *jus*.

Et nous nous tromperions fort si nous supposions que cette distinction entre le Droit formel et le Droit matériel, distinction immanente dans l'idée du Droit naturel, fût simplement d'ordre théorique, et sans effets pratiques. Sans tenir compte de ses conséquences indirectes, remarquons qu'elle eut un résultat direct d'une importance considérable au point de vue pratique. Tous les magistrats chargés de l'application de la loi eurent le droit et le devoir d'adapter les actes du Souverain le plus exactement possible aux prescriptions du Droit matériel. Et pour cela ils avaient à leur disposition le pouvoir d' « interprétation », qu'on entendait alors dans un sens excessivement large (296).

L'Etat et la Morale. — Par contre, c'est à peine si, pendant le Moyen Age, osa se montrer l'opinion qui se formait alors, et qui voulait que le Souverain, quand il agissait en vue du bien public, fût affranchi des obligations de la Loi Morale, et, par suite, de celles du Droit Naturel (297). Aussi le principe de la liberté absolue du Prince, quand il fut mis à la base de la théorie de Machiavel, apparut-il aux contemporains de celui-ci comme une nouveauté inouïe, et comme un crime monstrueux. Il fondait une théorie de l'État purement « politique » qui rivalisa désormais avec la doctrine du Droit Naturel.

(296) Voir par exemple Gloss. Ord. au lib. 2, Cod. I, 19, et lib. 1, Cod. I, 22; Baldus aux passages cités note 274; Jason, Cons. II, c. 233, nº 9, III, c. 24, nº 21, IV, c. 166, nº 9; Franc. Aret. Cons. 15, nº 9; Franc. Curt. sen. Cons. 20, 49, 50; Domin. Gem. Cons. 99, nºs 7-8, c. 104, nº 4. Decius, Cons. 292, nºs 3 et 9, 373 nº 10, 606, nº 17. Au besoin, on feignait de croire que le souverain avait été induit à agir ainsi par « *subreptio, circumventio*, etc.).

(297) A l'appui de la doctrine de la toute-puissance du concile, Randuf enseigne que, si le salut de l'Église l'exige, le concile peut ne pas tenir compte de la Loi Morale : *De mod. un.* c. 6, 16, 20 et 22 (Gerson, Op. II, pp. 170, 182, 188, 190). Mais cette manière de voir provoque la protestation de Gerson (IV, p. 671) : suivant celui-ci, la Loi Morale ne doit pas être transgressée, même dans l'intérêt public, et il ne faut pas commettre de parjure, même s'il s'agit de sauver le peuple tout entier.

Mais celle-ci, précisément parce qu'elle était en butte à ces attaques, se déploya plus complètement au cours des siècles suivants. Les germes que contenait la doctrine médiévale se développèrent de plus en plus, et, en systématisant et en combinant les anciens éléments, on en fit sortir un ensemble d'idées nouvelles sur la nature de la Société Humaine. Le système du Droit Naturel s'accrut sans cesse, et, tandis qu'intérieurement il complétait son organisme, à l'extérieur il étendait toujours sa domination sur les esprits, et son action de plus en plus profonde transformait les doctrines positives du Droit et de l'État.

X. — Les débuts de l'État moderne.

Transformation de la doctrine médiévale sous l'influence de l'Antiquité. — Nous avons donc, dans toute la doctrine politique du Moyen Age, assisté à un double travail, concernant, d'une part, l'expression théorique des idées qui appartenaient en propre au Moyen Age, et, d'autre part, le développement des idées « antiques-modernes », qui coïncide avec la destruction du système social du Moyen Age et avec la construction du système politique du Droit Naturel. Nous allons encore mettre particulièrement en évidence les principaux points sur lesquels la doctrine médiévale se montre prête à donner le jour à l'idée moderne de l'État, et à transformer la théorie des associations (298).

Suppression des groupes intermédiaires entre l'Etat et l'Individu. — Le fait essentiel qui ressort pour nous de l'étude de cette évolution, c'est que la doctrine du Moyen

(298) Cf. Gierke : *Joh. Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* », où cet aspect de la doctrine médiévale est particulièrement étudié, et où l'on suit le développement ultérieur des germes qui furent plantés au Moyen Age.

Age révèle déjà une tendance à concentrer les droits et les pouvoirs, soit dans l'individu, soit dans la forme la plus élevée de la communauté, aux dépens de tous les groupes intermédiaires. La Souveraineté de l'État et la Souveraineté de l'Individu deviennent de plus en plus les deux axiomes essentiels dont découlent toutes les théories sociales, et dont les rapports réciproques sont l'objet de toutes les controverses. Et bientôt apparaît une combinaison caractéristique des doctrines ultérieures du Droit Naturel, combinaison dans laquelle l'Absolutisme, produit de la renaissance de l'idée antique de l'État, s'allie avec l'Individualisme moderne, qui est issu de l'idée chrétienne et germanique de la Liberté.

Théorie de l'origine contractuelle de l'Etat. — En ce qui concerne l'origine de l'État — au point de vue du fait et au point de vue du Droit — on voit se former lentement la théorie du Contrat Social. Il est universellement admis qu'au début régnait l'état de nature. Alors il n'y avait pas d'«États» : il n'y avait que le Droit Naturel, en vertu duquel toutes les personnes étaient libres et égales, et tous les biens étaient communs. On reconnaît donc toujours que l'état civil ou politique est le produit d'événements postérieurs. Mais est-il uniquement la conséquence du Péché Originel, ou bien l'État se serait-il réalisé également, quoique sous une forme plus libre et plus pure, par le simple effet de la multiplication de la race humaine, même si elle était restée dans l'état d'innocence? Voilà le seul point sur lequel porte la discussion (299). Dans les recherches qu'on fait sur les origines de la Société Politique, on se contente d'abord de discuter en termes généraux sur la légitimité du *dominium* et sur la manière dont il est apparu dans le monde, ce *dominium* comprenant à la fois le principe d'autorité et le principe de propriété. Puis,

(299) Voir ci-dessus les notes 16, 137 et 260 *in fine*.

quand une distinction a été établie entre ces deux principes, et quand la discussion ne porte plus que sur l'origine de l'État, on se trouve amené, pour expliquer celle-ci, à supposer qu'un contrat de soumission (*Unterwerfungsvertrag*) a été conclu entre le peuple et le souverain (300). Les représentants de l'Église eux-mêmes adoptent cette opinion, et cessent d'affirmer que l'usurpation soit l'unique origine de l'autorité temporelle. Mais alors se pose une autre question : comment cette communauté, dont la volonté aurait créé l'État en lui transférant ses pouvoirs, a-t-elle pu se constituer en un corps unique, capable d'agir légalement et de transférer les pouvoirs de ses membres? Là s'efface bientôt l'idée de la création divine de l'État : on affirme toujours aussi énergiquement que la volonté divine est la cause suprême de la Société Politique, mais elle n'apparaît plus que comme une *causa remota* et n'agit plus que par l'intermédiaire des hommes (301). Comme cause plus immédiate de la naissance de l'État, on fait valoir, d'accord avec Aristote, la « nature politique » que Dieu a donnée à l'humanité. A vrai dire, il y a quelques représentants de la théorie du développement organique, suivant laquelle l'État serait issu de la communauté primitive, c'est-à-dire de la famille, d'une manière absolument directe et nécessaire (302). Cependant l'opinion prépondérante est que la Nature (de même que Dieu) a agi seulement comme *causa remota* ou *causa*

(300) Voir ci-dessus, les notes 16, 138-139, 142-145.

(301) Voir ci-dessus les notes 140-141.

(302) Aegid. Rom. *De reg. princ.* III, 1, c. 6, suppose que l'État a pu se constituer de trois manières : la première, purement naturelle, est une évolution graduelle qui a son point de départ dans la famille; la seconde est la « *concordia constituentium civitatem vel regnum* » qui est naturelle en partie, par suite du « *naturalis impetus* » qui pousse à cet accord; la troisième est la violence, c'est-à-dire l'assujettissement à un despote. Marsil. Pat. I, c. 3 combine l'idée de l'accroissement et de la différenciation par voie naturelle avec la notion du rôle véritablement créateur que joue l'activité humaine.

impulsiva, c'est-à-dire comme la source d'un besoin instinctif de vie sociale, et, en somme, comme un motif plus ou moins impérieux de fonder l'État. On déclare de plus en plus nettement que le groupement d'hommes qui constitue l'État lui-même est le résultat d'un acte raisonné de la volonté humaine (303). Parfois se manifeste l'idée que l'État est une institution qui, comme certaines autres institutions humaines (par exemple les monastères ou les collèges) est le produit de l'activité, soit belliqueuse, soit pacifique, d'un fondateur (304). Mais, en général, on incline bien plus à admettre que le lien social a été créé par un acte spontané de la volonté de la communauté elle-même. On compare cet acte collectif à celui par lequel se constitue une corporation (305). Mais on ne lui consacre aucun concept juri-

(303) Déjà, Thomas d'Aquin, qui insiste tant sur le rôle de la nature de l'homme en tant qu' « *animal politicum et sociale in multitudine vivens* » (*De reg. princ.* I, c. I et *Sum. Theol.* I qu. 96 a. 4), fait valoir également la « *ratio constituens civitatem* » (voir ci-dessus note 98). Comp. Ptol. Luc. III, c. 9 et IV. c. 2-3. Aegid. Rom. III. 2, c. 32 dit expressément : « *sciendum est quod civitas sit aliquo modo* quid naturale, *eo quod naturalem habemus impetum ad civitatem constituendam*; *non tamen efficitur nec perficitur civitas* nisi ex opera et industria hominum ».Comp. III. 1, c. 1 (*opus humanum*) avec c. 3-5 (*homo est naturaliter animal civile et civitas aliquid secundum naturam*). Engelb. Volk. *De ortu*, c. 1 : *ratio imitata naturam.* Joh. Paris, c. 1. Gerson, IV, p. 648. Nic. Cus. III, praef. Aen. Sylv. c. 1, 2, et 4 : la raison humaine, « *sive docente natura sive Deo volente, totius naturae magistro* », a inventé et institué l'État, la seigneurie (*Herrschaft*) et l'Empire. Patric. Sen. *De reip. inst.* I. 3, désigne toutes les manifestations de la vie sociale (vie en commun, défense militaire, langue, arts, lois et État), comme une série d' « inventions » auxquelles l'humanité fut conduite « *duce natura* » en recherchant l'utilité commune (*de communi utilitate cogitare*); plus loin, III. 5, il est dit que l'État peut être institué de telle manière qu'il soit impérissable.

(304) Ptol. Luc. IV, c. 3, soutient la théorie ecclésiastique, d'après laquelle la violence et la contrainte sont les principes constitutifs de l'État (voir ci-dessus note 16), et Aegidius Romanus admet au moins la possibilité d'une origine de ce genre (voir ci-dessus note 302). D'autre part, Thomas d'Aquin attribue à la royauté la création de l'État (voir ci-dessus note 98).

(305) Voir dans Mars. Pat. I, c. 15, le développement de l'idée de l' « *anima universitatis vel ejus valentioris partis* » en tant que « *principium factivum* » (voir ci-dessus note 99); de même en ce qui concerne l'Empire Universel (ci-dessus note I45).

dique spécial. Il ne s'en trouve pas dans la théorie des Corporations telle qu'elle a été faite par les Juristes, car ceux-ci, malgré la distinction de l'*universitas* et de la *societas*, confondent l'acte d'unification de la communauté avec un contrat obligatoire conclu entre plusieurs personnes : ils considèrent l'unité formée par la Corporation comme un attribut qui ne lui est pas propre, mais qu'elle tient d'une concession de l'État. C'est ainsi que l'acte hypothétique qui aurait donné naissance à l'État est déjà rangé par les théoriciens du Moyen Age dans la catégorie du contrat « social » (306). D'une part, on

(306) Il faut attacher une importance particulière au rôle joué par l'idée que l'État est une *societas*, définition donnée pour la première fois par Cicéron, *De off.* I, 17 : « *multa enim sunt civibus inter se communia* : *forum*, *fana*, *porticus*, *viae*, *leges*, *jura*, *judicia*, *suffragia*, *consuetudines praeterea et familiaritates*, etc. »; *De republ.* I, 25, 39 : *populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus*, *sed coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communione socialus*; *ib.* 26, 41; *ib.* 32, 49 : *lex civilis societatis vinculum*, *jus autem legis aequale*; *quid enim est civitas nisi juris societas*? *ib.* III, 31 : *neque esset unum vinculum juris nec consensus ac societas coetus*, *quod est populus*; *ib.* 33; *ib.* 35, 50; *ib.* IV, 3 : *civium beate et honeste vivendi societas*; *ib.* VI, 13 (*Somnn. Scip.*) : *concilia coetusque hominum jure sociali*, *quae civitates appellantur*. Mais, son ouvrage *De republica* ayant été perdu jusqu'au 19e siècle, c'est seulement par l'intermédiaire de Lactance et d'Augustin que certains passages en furent connus au Moyen Age et exercèrent une influence considérable sur le développement de la théorie politique. C'est Augustin qui fit connaître la comparaison de l'État avec un organisme et de l'*imperium* avec l'âme (de civ. Dei, XIV, 23; *contra* Julian. Pelag. IV, 12), la définition de l'État comme « *societas* » et comme « *multitudo hominum in quoddam vinculum redacta concordiae* », du « *populus* » comme « *coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communione socialus* », ainsi que tous les développements sur l'essence de la « *respublica* » en tant que « *res populi* » (epist. 138, 10; de civ. Dei II, 21 et XIX, 21, comp. XV, 8). Parmi les auteurs du Moyen Age qui subirent l'influence de cette assimilation de l'État à une société, voir, par exemple, Thom. Aquin. *Summa Theol.* II, 1 qu. 105, a. 1, II, 2 qu. 42, a. 2, Vincent. Bellov. VII, c. 6-7, Dom. Gem. c. 17, dans Sexto 1, 6, nº 7, Randuf, *De mod. un*, c. 7 p. 171, Theod. a Niem, Nemus Unionis, tr. v. p. 261. De même l'admission dans c. 2, § 2, Dig. 8, des mots de Saint Augustin : « *generale quippe* pactum *est* societatis *humanae obedire regibus* » (Confess. III, 8). Bien que Saint Augustin soit porté à voir l'origine de l'État dans le péché et la violence, ces mots paraissent présager la théorie du contrat social, qui les mit d'ailleurs à profit. La distinction du contrat social et du contrat de sujétion (*Herrschaftsvertrag*) est indiquée par Joh. Paris, c. 1, et nettement établie par Aeneas Sylvius, qui traite (*De ortu*, c. 1) de la fondation de la *societas civilis* par les hommes jusque-là errants dans les forêts à l'état sauvage, et (c. 2) de l'institution de la

ramène donc à la souveraineté de l'individu l'origine de toute obligation politique (307); par là on acquiert une base sur laquelle peut prendre pied la théorie des droits naturels de l'homme, droits qui, n'étant pas soumis au contrat, doivent rester hors des atteintes de l'État. D'autre part, puisque la souveraineté de l'État est placée sur la base indestructible d'un contrat que sanctionne le Droit Naturel, on peut, suivant les termes dans lesquels on formule ce contrat, en tirer les conclusions les plus radicales en faveur de l'absolutisme de l'État (308).

La cause finale de l'Etat. — Si la philosophie se charge de formuler les termes de ce contrat fictif, grâce auquel l'État et ses pouvoirs seront fondés sur le Droit Naturel, il est évident qu'elle attachera une importance décisive à la cause finale de cette institution. D'une part on soutient toujours, contrairement aux idées de l'Antiquité classique, que l'individu a une cause finale indépendante, étrangère et supérieure à l'existence de l'État (309). Et d'autre part, malgré la persistance de la tradition germa-

regia potestas comme conséquences des premières infractions faites au contrat social. Voir aussi Aegid. Rom. (cité ci-dessus note 302); Patric. Sen., *loc. cit.*, I, 3.

(307) Voir comment Marsil. Pat. I, c. 12, ramène toute la force obligatoire des lois à une obligation volontairement admise par les individus (*lex illa melius observatur a quocumque civium, quam sibi quilibet imposuisse videtur*; ...*hanc quilibet sibi statuisse videtur ideoque contra illam reclamare non habet*); de même dans Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 26-28; dans Nic. Cus. II, c. 8, 10, 12 (*concordantia subjectionalis eorum qui ligantur*), 13 (*subjectio inferiorum*), III, c. 14 (*per viam voluntariae subjectionis et consensus*). De plus, au point de vue historique, la priorité de l'invididu isolé sur la communauté est admise par Aen. Sylv. *loc. cit.* et Patric. Sen., *loc. cit.*

(308) Déjà Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 26, explique que, d'après un grand nombre d'auteurs, la « *plenitudo potestatis* » de l'Empereur a son origine dans d'anciens contrats, puisque « *humana societas servare tenetur ad quod se obligavit* » : « *sed societas humana obligat se ad obediendum generaliter regibus et multo magis imperatori* » comme il résulte des mots de Saint Augustin (ci-dessus note 306). Cependant Occam lui-même exprime l'avis (c. 28 *in fine*) que ce *pactum* oblige à l'obéissance seulement « *in his quae ad utilitatem communem proficiunt* ». Comp. Aen. Sylv. *loc. cit.*

(309) Voir Dante, I c. 3; Occam, *Dial.* III, tr. 2, lib. 2, c. 28.

nique qui limite le rôle de l'État au maintien de la paix et du Droit (310), on attribue à cet État une cause finale de plus en plus étendue, qui était inconnue du Haut Moyen Age. Sous l'influence de l'Antiquité, on estime que le but de l'État est d'assurer une existence heureuse et vertueuse, de réaliser le bien public et la moralité des citoyens. Il est vrai que, suivant la doctrine prédominante, la mission de l'État trouve sa limite, et son complément nécessaire, dans la mission de l'Église dont l'objet, plus élevé que celui de l'État, est de réaliser la vertu intérieure et le bonheur supra-terrestre (311). Mais on attaque de plus en plus vivement le monopole de la culture intellectuelle, qui appartient à l'Église. On réclame pour l'État une mission indépendante dans l'ordre spirituel et dans l'ordre moral (312). Et

(310) Par exemple quand Dante déclare que le but de l'Empire est l'établissement de l' « *universalis pax* » (ci-dessus, note 6); quand Engelbert de Volkersdorf (*De ortu*, c. 7-13) après avoir dit que le but de l'État est la « *felicitas regni* », et après en avoir analysé les éléments, finit par les synthétiser dans l'idée de la « *pax* » (c. 14), et par identifier le but de l'État avec l' « *ordinatio et conservatio pacis et justitiae* » (c. 19); quand Gerson, IV, p. 649, s'exprime de même; quand Petrus de Andlo, II, c. 16-18, déclare que le but de l'État est la « *cura totius reipublicae* », mais, quand il en vient aux détails, mentionne seulement l'administration de la justice, la préservation de la paix et la protection de la religion.

(311) Voir par exemple Thom. Aquin. *De reg. princ.* I, c. 14 : le but de l'État est « *vivere secundum virtutem* »; mais la « *virtus humana* » de la « *multitudo* », qui doit être réalisée par le « *regimen humanum* », ne représente qu'un moyen d'atteindre le but supra-terrestre, auquel l'Église doit parvenir en réalisant la « *virtus divina* »; voir aussi c. 7-15 et *Summa Theol.* II, 1 qu. 90, a. 2. D'autre part, dans son Commentaire sur la Politique il suit Aristote pas à pas (Op. XXI pp. 307 et suiv., 400, 402, 424, 469, 634 et suiv., 678 et suiv.). Comp. Ptol. Luc. III, c. 3, et IV, c. 23; Aegid. Rom. III, 1, c. 1-2, III, 2, c. 8 et 32; Eng. Volk. *De reg. princ.* II, c. 2-4; Anton. Ros. I c. 46 et 56.

(312) Joh. Paris, c. 18 : puisque le but de l'État est « *vivere secundum virtutem* », il est faux de dire « *quod potestas regalis sit corporalis et non spiritualis et habeat curam corporum et non animarum* ». Somn. Virid. I, c. 154-155. Gerson dans Schwab, pp. 88 et suiv. — D'ailleurs Alvarius Pelagius lui-même (I a. 56), reconnaît que le pouvoir temporel, ayant pour but la « *vita virtuosa* », doit agir sur l'âme, et à cet égard est « *spiritualis* » : mais il agit seulement « *secundum naturam* », de sorte que le pouvoir spirituel, qui agit « *secundum gratiam* », mérite davantage d'être appelé « *spiritualis* ».

même, quelques auteurs veulent déjà attribuer à l'État seul le soin d'administrer tous les intérêts de la communauté, les spirituels aussi bien que les temporels (313).

Le Droit Naturel et la cause finale de l'Etat. — Cependant, si, pour connaître le contenu des institutions du Droit Naturel, il faut examiner leur cause finale, cette même cause finale doit être la mesure des droits indestructibles qui appartiennent, aux « Sujets » du Droit Naturel. La cause finale de l'individu détermine les droits innés et inaliénables de la liberté individuelle, et, d'après la constitution déjà ancienne de l'Église, la cause finale de la communauté politique détermine les droits souverains (*Hoheitsrechte*) de l'État, qui sont également innés et inaliénables. Aux droits ainsi dérivés du Droit Naturel le Droit Positif ne peut rien enlever ni rien ajouter. Il doit même, s'il se trouve en conflit avec eux, reconnaître leur supériorité. C'est ainsi que commence à régner la maxime *Salus publica suprema lex.* On y a découvert le titre de droit sur lequel la Révolution, qu'elle vienne d'en haut ou d'en bas, pourra s'appuyer quand elle voudra transformer le Droit traditionnel pour le rapprocher des postulats du Droit Naturel.

Action révolutionnaire du Droit naturel. — En réalité, les grandes révolutions qui se feront plus tard, dans l'Église et dans l'État, sont préparées par la doctrine du Moyen Age. Celle-ci, en effet, partant du Droit Naturel,

(313) Mars. Pat. I c. 4-6 charge l'État d'assurer le « *bene vivere* » sur terre comme au ciel ,et, par suite, lui donne les attributions les plus étendues pour lui permettre de travailler au progrès matériel aussi bien que moral. Patric. Sen. *De inst. reip.* charge le gouvernement de toute la « *vita familiaris* » (partage des terres et établissement de nouvelles familles, lib. IV), de la « *vita civilis* » de chaque citoyen (lib. V), de l'organisation des classes sociales (*Stände*) (lib. VI), et même de veiller à ce que tous les citoyens reçoivent des noms esthétiques (pris naturellement dans l'Antiquité) (lib. VI, 7, pp. 298-304).

veut appliquer à la réalité le système social qu'elle déduit rationnellement de prémisses abstraites, et qu'elle base sur l'idée des causes finales. Aussi le point de vue rationaliste prévaut-il de plus en plus dans la critique à laquelle on soumet toute la structure intérieure de l'État. On examine cette structure au point de vue des services qu'elle peut rendre et on la compare à l'idéal politique du Droit Naturel. On estime que les affaires publiques ne peuvent être dirigées que par l'action d'une volonté consciente de son but, analogue à celle qu'il faut pour diriger un navire (314). On en déduit l'idée d'un art de gouverner, dont on essaie de faire un enseignement détaillé (315). Pour savoir quelle est la meilleure constitution, quelles sont les meilleures lois, on se livre à des discussions dont le résultat est de faire exiger plus vivement l'application des principes théoriques à la transformation du Droit Public. Pendant les derniers siècles du Moyen Age, dans l'Église et dans l'Empire, l'appel à la « Réforme » retentit sans cesse et de plus en plus haut.

Développement de l'idée de la souveraineté. — Parmi les idées fondamentales du Droit public reparaît l'idée antique de la souveraineté : sa renaissance et ses progrès sont l'œuvre principale de la théorie alors en faveur, qui veut que les constitutions soient faites d'après les règles du Droit Naturel. On déclare que l'organisation politique consiste essentiellement à séparer le souverain de ses sujets. On emprunte en effet à l'Antiquité, non seulement les formes constitutionnelles, mais le principe même de la séparation qui y est appliqué. On arrive ainsi à l'idée que dans chaque État un souve-

(314) Voir Thom. Aquin. *De reg. princ.* I, c. 1; Engelb. Volk., *De reg. princ.* I, c. 1-4; Dante, I, c. 5; Alv. Pelag., I. a. 62 B; Joh. Paris. c. 1.

(315) Cet enseignement est donné *ex officio* par Joh. Saresb., Thom. Aquin, Vincent. Bellov., Engelb. Volk., Aegid. Rom., Patric. Sen.

rain visible, que ce soit un monarque ou que ce soit une assemblée, est le « Sujet » du Pouvoir suprême et domine le reste de la nation (316). Et quand, par opposition à la théorie de la souveraineté du Prince, se développe la théorie qui reconnaît la souveraineté du Peuple en tout temps et en tout lieu, les partisans de cette théorie ne discutent pas l'idée récemment acquise de la souveraineté, mais l'appliquent à l'assemblée qui représente le Peuple (317). Il est vrai que l'idée de la souveraineté, telle qu'on la trouve dans la doctrine médiévale, diffère essentiellement de la forme absolue qui prévalut plus tard. D'abord, à cette époque, tout le monde admet que le Pouvoir souverain, bien qu'il s'élève au-dessus de tout le Droit Positif, n'en reste pas moins limité par le Droit Naturel (318). Et en second lieu, de l'avis également unanime, s'il est vrai que les sujets soient exclus de la souveraineté par le principe de la souveraineté du Prince, cependant ce principe n'est nullement incompatible avec le droit qu'ils ont d'exercer une part de la puissance publique. Au contraire, les partisans de la souveraineté du Prince maintiennent expressément un droit politique du Peuple, et les partisans de la souveraineté du Peuple maintiennent expressément un droit politique du Prince, de sorte que, même dans les théories les plus extrêmes, l'État conserve un certain caractère « constitutionnel ». C'est pourquoi on peut toujours, au Moyen Age, faire accorder la souveraineté du monarque avec

(316) Voir comment la théorie des constitutions, basée sur Aristote, est développée par Thom. Aquin. *loc. cit.* I, c. 1-3; Aegid. Rom. III, 2, c. 2; Mars. Patav. I, c. 8-9 (cinq subdivisions de la monarchie); Occam, *Dial.* III, tr. 1, lib. 2, c. 6-8; Patric. Sen. *De inst. reip.* 1, 4; Almain, Expos. ad. qu. 1, c. 5 et 15. Voir aussi Engelb. Volk., *loc. cit.*, I, c. 5-18, qui admet quatre formes essentielles (*democratia*, *aristocratia*, *olicratia* (sic !) *et monarchia*), dont chacune a son *principium* et sa *finis*, et quatre formes dégénérées (*tyrannis*, *olicratia* qui est l'*aristocratia* dégénérée, *clérotis* et *barbaries*). Voir ci-dessus, notes 131, 135, 264-265, 283-286.

(317) Voir ci-dessus les notes 269 et 287.

(318) Voir ci-dessus les notes 293-296.

le principe de la monarchie limitée (319), développer sans difficulté l'idée de la constitution mixte (320), soutenir, sur la base de la souveraineté populaire, les débuts de la doctrine de la séparation des pouvoirs (321), et enfin faire admettre la théorie du système représentatif (322). Néanmoins l'idée de la souveraineté, dès qu'elle est formulée, tend d'une façon irrésistible à imposer cette conclusion qu'en dernier ressort le « Sujet » du Pouvoir suprême doit être un Prince ou une Assemblée, que l'État s'incarne dans cet homme ou dans ce groupe, et qu'il ne faut pas chercher à l'État d'autres représentants en cas de conflit.

L'Etat en contact immédiat avec l'Individu. — Le Pouvoir souverain, ainsi concentré en un seul point, élève des prétentions de plus en plus vives à exercer sur tous les membres de l'État tous les droits éminents (*Hoheitsrechte*) qu'implique l'idée de la cause finale de l'État, et qu'on peut faire accorder avec les droits inaliénables de la liberté individuelle (323). C'est précisé-

(319) Voir ci-dessus les notes 136, 161 et 165. On peut également mentionner ici la théorie d'après laquelle il est nécessaire d'avoir un « *consilium principis* » et d'assurer l'indépendance des tribunaux (voir Eng. Volk. III, c. 1-45; Aegid. Rom. III, c. 2, c. 1 et suiv. (les lois doivent être maintenues par le *princeps*, élaborées par le *consilium*, appliquées par les *judices* et observées par le *populus*).

(320) Voir ci-dessus la note 165. Cette doctrine est représentée de la façon la plus indépendante par Engelbert de Volkersdorf (I, c. 7-8 et 14-16); celui-ci, en mêlant à divers degrés les quatre principales formes constitutionnelles, en produit onze nouvelles, et toutes ces formes sont illustrées par lui d'exemples très intéressants, pris dans la vie politique de son époque.

(321) Voir ci-dessus la note 268.

(322) Voir ci-dessus, pp. 214 et suiv.

(323) Caractéristique à cet égard est le développement de la théorie du droit d'imposition. Celui-ci est d'abord considéré comme une expropriation que l'intérêt public justifie, et limite en même temps. (Dans une autre partie du *Genossenschaftsrecht* (III. 389) a été exposée la manière de voir des légistes : d'après ceux-ci, l'impôt est une forme de l'expropriation, et, par suite, il ne peut être appliqué sans *justa causa*.) Thom. Aquin, *De regim. Jud.* qu. 6-7 : l'État peut imposer des taxes pour la

ment parce que ces droits découlent de l'idée même du Pouvoir souverain, que celui-ci insiste de plus en plus pour les exercer également et directement sur tous les individus (324). Mais si l'individu, en ce qui concerne son rôle social, est entièrement absorbé par l'État (325), par contre on tend à émanciper ce même individu de toute obligation autre que celles qui lui sont imposées par l'État.

« *communis populi utilitas* »; mais, pour ses besoins extraordinaires, qui dépassent les « *soliti redditus* » (revenus ordinaires), il ne peut lever que des « *collectae* » modérées et justifiées par un cas de force majeure (par exemple une invasion ennemie); s'il franchit ces limites, il sort de l'équité pour commettre des exactions. Vincent. Bellov. X. c. 66-69. Ptol. Luc., III, c. 11 : le roi, en raison du devoir qui lui incombe de veiller au bien public, a un droit d'imposition, droit limité par l'objet même qu'il a à réaliser : il peut donc toujours « *de jure naturae* » réclamer « *omnia necessaria ad conservationem societatis humanae* »; mais rien de plus. Selon Joh. Paris. c. 7, le droit d'imposition est basé sur le fait que la propriété privée, ayant besoin de la protection de l'État et de ses tribunaux, doit contribuer à leurs dépenses; mais l'impôt peut être proportionnel et levé seulement « *in casu necessitatis* ». De même, d'après le Somn. Virid. I, 140-141, les impôts qui dépassent le chiffre habituel peuvent être levés dans les cas (énumérés d'une façon limitative) où ils sont requis par la *necessitas reipublicae* »; ils doivent être modérés et ne peuvent être exigés que si les ressources ordinaires du souverain sont insuffisantes; ils doivent être honnêtement employés; toute autre imposition étant un péché, l'Église doit la punir « *in foro conscientiae* », et, si possible, la réformer, tandis que le peuple a le droit d'en refuser le paiement et même de déposer le souverain qui l'a ordonnée, Gerson, IV, pp. 199 et 616 : les impôts ne doivent être levés que pour servir aux fins de l'État et ils doivent être égaux pour tout le monde. Voir Decius, Cons. 649, nº 4 : l'interdiction d'introduire de nouveaux impôts ne s'étend pas aux villes qui ont les droits souverains.

(324) Dans un esprit tout moderne Patric. Sen. I. 6 proclame l'égalité de tous les citoyens devant la loi (*aequalitas juris inter cives*), et même l'égalité de leurs devoirs civiques et de leur capacité pour tous les offices.

(325) Voir comment le devoir de tous les citoyens de sacrifier leur vie et leurs biens pour le « salut public » est exposé, dans une forme qui rappelle l'antiquité classique, par Aen. Sylv. c. 18, et Patric. Sen. v. 1-10. De même Thom. Aquin., *Summa Theol.* II, I, qu. 90, a. 2 : « *unus autem homo est pars communitatis perfectae* », par suite, chaque bien particulier doit être réglé uniquement « *secundum ordinem ad bonum commune* », car « *omnis pars ordinatur ad totum* »; ib. a. 3 (où il est également question de la *domus*); *ib.* II, 2 qu. 58 a. 5 ; « *omnes qui sub communitate aliqua continentur, comparantur ad communitatem sicut partes ad totum*; *pars autem id quod est totius est*; *unde et quodlibet bonum partis est ordinabile in bonum totius* ». Joh. Friburg., II, t. 5 qu. 204 : le devoir de payer les impôts incombe à chaque individu en tant que « *pars multitudinis* », c'est-à-dire en tant que « *pars totius* ».

L'Etat communauté exclusive. — Ainsi se développe de plus en plus l'idée que l'État est une communauté exclusive. D'après l'exemple de l'Antiquité, on déclare que l'État est « la Société Humaine ». L'État est l'expression unique, puisqu'elle est universelle, de cette vie collective qui se trouve au-dessus de la vie individuelle.

L'Eglise et l'Etat. — Mais à cette manière de voir s'oppose l'Église, qui réclame pour elle-même un droit supérieur ou tout au moins égal à celui de l'État. Aussi la doctrine prédominante au Moyen Age n'accepte-t-elle pas l'idée antique de l'État sans y introduire une grave restriction en faveur des droits de l'Église. Et pourtant, dès le treizième et le quatorzième siècles, la théorie prépare les voies à la future absorption de l'Église par l'État. Un publiciste ose, en plein Moyen Age, construire un système logiquement déduit dans tous ses détails, pour démontrer que l'Église est une institution de l'État, que la propriété de l'Église est une propriété de l'État, que les fonctions spirituelles sont des fonctions de l'État, que le gouvernement de l'Église est une partie du gouvernement de l'État, et que la communauté souveraine formée de membres de l'Église est identique à l'assemblée politique formée des citoyens. Cet auteur est Marsile de Padoue (326). Personne ne le suit jusqu'au bout. Mais des

(326) Dans son *Defensor Pacis*, Marsile de Padoue déclare expressément que l'Église est une Institution d'État et que le *sacerdotium* est « *pars et officium civitatis* » (I. c. 5-6). Souveraine en matière ecclésiastique est l' « *universitas fidelium* »; celle-ci coïncide d'ailleurs avec l' « *universitas civium* », et, à ce point de vue comme à tous les autres, elle est représentée par le *principans* qu'elle a institué; ainsi la ligne de démarcation entre le domaine spirituel et le domaine temporel ne sépare que deux ordres de choses, et jamais deux ordres de personnes (II, c. 2, 7, 14, 17, 18, 21). Le pouvoir de l'État détermine les conditions de l'admission au *sacerdotium*, règle les fonctions du clergé et fixe le nombre des églises et des offices spirituels (II, c. 8; III, concl. 12 et 21). C'est à lui qu'il appartient d'autoriser, dans l'Église, les fondations et les corporations (II, c. 17). Il a à nommer les curés, à les payer, à leur imposer l'exécution de leur tâche, à les déposer, et même son consentement est nécessaire pour chaque ordination (II, c. 17, 24; III, 21, 40, 41). Il doit surveiller la façon dont

applications isolées de ce principe sont faites par d'autres publicistes du Moyen Age, qui, eux aussi, sont des adversaires de la hiérarchie. Déjà on réclame pour l'État le pouvoir absolu de réprimer les abus dans l'exercice des fonctions spirituelles (327). Déjà, d'une façon plus ou moins nette, on considère les biens de l'Église comme des biens publics, et, si le salut public (*Salus publica*) l'exige, on les met à la disposition de l'État (328). Déjà,

chaque office spirituel est exercé, pour s'assurer qu'il est strictement confiné dans des fonctions purement spirituelles (I. 19; II. 1-10). Toute la *jurisdictio* et la *potestas coactiva* sont exercées exclusivement et directement par le détenteur du pouvoir temporel, même en ce qui concerne les ecclésiastiques, les questions matrimoniales, les dispenses, les légitimations et les affaires d'hérésie (II, c. 8; III, c. 12 et 22). Les interdits, les excommunications, les canonisations, les prescriptions relatives aux jeûnes et aux jours fériés ne peuvent être valables, s'ils ne sont tout au moins autorisés par l'État (II. c. 7, 21; III. C. 16, 34, 35). On ne peut concevoir que les églises aient des pouvoirs temporels ou que les décrétales aient une force obligatoire dans le domaine temporel, si ce n'est en vertu d'une concession expresse de l'État (I, c. 12; II. c. 28; III, c. 7, 13). L'État seul a à s'occuper de l'enseignement (I, c. 21; III, c. 25). Il est toujours permis d'adresser des plaintes ou des appels à l'État (III, c. 37). C'est l'État qui doit convoquer et diriger tous les conciles, qu'ils soient généraux ou particuliers (II, c. 8, 21; III, c. 33). Les biens de l'Église sont en partie les biens de l'État, et en partie *res nullius* (II, c. 14). En tout cas ils sont à la disposition de l'État, qui doit prélever sur eux les sommes nécessaires à l'entretien du clergé et du culte, et administrer le reste en vue de l'employer au soulagement des pauvres et à d'autres œuvres d'intérêt public (II, c. 14; III, c. 27, 38, 39). L'État peut donc librement les imposer, percevoir les dîmes à son profit, donner et reprendre les bénéfices à son gré, et même, s'il en a de justes motifs, séculariser ces biens et les vendre « *quoniam sua sunt et in ipsius semper potestate de jure* » (II, c. 17, 21; III, c. 27). Exception n'est faite que pour les fondations privées, dont les biens doivent, sous le contrôle de l'État, « *conservari, custodiri et distribui secundum donantis vel legantis intentionem* » (II, c. 14, 17; III, c. 28).

(327) Joh. Paris, c. 21, pp. 203-205 : « *est enim licitum principi abusum gladii spiritualis repellere eo modo quo potest, etiam per gladium materialem : praecipue ubi abusus gladii spiritualis vergit in malum reipublicae, cujus cura regi incumbit* ».

(328) Ainsi dans la *Disput. inter. mil. et cler.*, pp. 682-686, et dans le *Somn. Virid.*, c. 21-22, où, dans des termes qui font pressentir nettement la théorie de la « propriété de la nation », la confiscation des biens d'Église est justifiée par l'idée que la prospérité et la paix du peuple chrétien sont certainement des « *pii usus* ». Comp. Joh. Wyclif, *Trial.* pp. 407 et suiv., art. 17 et Joh. Hus, *Determinatio de ablatione temporalium a clericis*, dans Gold. I, pp. 232-242, où le droit de séculariser les biens d'Église, à tout le moins en cas d'abus, est déduit de la nature même du gouvernement

sous prétexte de soumettre les intérêts temporels de l'Église à la juridiction temporelle, on attribue à l'État des pouvoirs d'intervention très étendus dans l'administration intérieure de l'Église (329). Et déjà reparaît, dans sa signification originelle, le principe de l'Antiquité d'après lequel le *Jus Sacrum* est une partie du *Jus Publicum* (330).

L'Empire et l'Etat. — Si, laissant de côté cette question des relations du pouvoir politique et du pouvoir ecclésiastique, nous étudions l'idée de l'État en elle-même, nous voyons que cette idée, au moment où le Moyen Age la reçoit de l'Antiquité, est d'abord affaiblie et presque étouffée par le développement de l'idée de l'Empire, dont la théorie est formulée à la même époque. L'idée de la concentration en un seul point de la vie entière de la communauté n'est pas seulement en contradiction absolue avec les faits et avec l'opinion populaire, elle rencontre encore un obstacle d'apparence insurmontable : c'est la théorie, propre au Moyen Age, d'une com-

(*Obrigkeit*), dont les *clerici* sont les sujets. Joh. Paris, . 20 c, p. 203, Nic. Cus. III, c. 39, et d'autres justifient de même les impôts que l'État peut lever sur les biens d'Église. Le même raisonnement se retrouve encore dans la *Quaest. in utramque part.*, p. 106 concernant les lois qui régissent les biens de main morte.

(329) Comp. Nic. Cus. III, c. 8-24, 33 et 40 : c'est au pouvoir temporel qu'il appartient de prendre en main les affaires ecclésiastiques et d'en exiger la réforme sous son propre contrôle, car (II, c. 40) l'État doit veiller à tout ce qui concerne le « *bonum publicum* », et même « *in ecclesiasticis negotiis.* » Gregor Heimb. dans Gold. I, pp. 559-560. Peter Bertrand *ib.* II, pp. 1261-1283. Patric. Sen. *loc. cit.*, III, 4. Pour voir comment en pratique on faisait rentrer la réforme de l'Église dans les attributions de l'État, se reporter à Hübler, *op. cit.*, pp. 281-288 et 318-322.

(330) Le principe « *jus publicum est in sacris, sacerdotibus et magistratibus* » est employé par la doctrine officielle pour prouver que la nature de l'Église est semblable à la nature de l'État ; voir Thom. Aquin. *Sum. Theol.* II. 1, qu. 95, a. 4. Mais, comme le fait déjà remarquer Occam (*Octo*, qu. IV, c. 6), beaucoup d'auteurs s'appuient précisément sur ce principe pour déclarer que l'Empereur « *possit ordinare apostolicam sedem et archiepiscopos et episcopos* », et qu'aucune renonciation à ce « *jus publicum* » n'a été valablement faite.

munauté universelle, harmonieusement articulée, et dont la constitution, dans toutes ses parties, est exclusivement fédéraliste (331). Mais, dès que l'idée antique de l'État est admise, elle entreprend, avec une inlassable persévérance et une infaillible méthode, de démolir complètement l'imposant édifice de la philosophie médiévale. L'ombre de celle-ci subsiste encore, en théorie, alors que l'Empire qui la représentait dans le domaine des faits est depuis longtemps en ruines. Par contre, la théorie toute récente de l'État moderne nous apparaît déjà comme achevée, alors que dans la réalité ce nouvel édifice commence seulement à s'élever au-dessus des ruines de l'ancien.

Définition de l'Etat. — Avec la renaissance de la *Politique* d'Aristote se répand la définition d'après laquelle l'État est la plus élevée et la plus complète des communautés, et une communauté qui se suffit à elle-même (332). Il est évident que, du moment où l'on applique sérieusement cette définition, on ne peut considérer comme formant l'État qu'une seule des communautés qui se trouvent aux divers étages de la société humaine. Cependant cette conclusion est d'abord évitée, grâce à un illogisme flagrant. La philosophie médiévale déclare en effet que la Πόλις ou la *civitas* de l'Antiquité se retrouve dans la communauté urbaine du Moyen Age, mais qu'en vertu de l'idée d'après laquelle toute l'Humanité forme un seul organisme, cette communauté doit être subordonnée au *regnum* et à l'*imperium*, c'est-à-dire aux groupements plus vastes qui la complètent en même

(331) Voir ci-dessus les notes 62-64.

(332) Thom. Aquin, *De reg. princ.* I, c. 1 *in fine*, *Summa Theol.* II, 1 qu. 90, a. 2-3 (*civitas est communitas perfecta*); *Comm. ad Polit.* pp. 366 et suiv.; Aegid. Rom. III, 1, c. 1 (*principalissima communitas*), c. 4, III. 2, c 32; Joh. Paris. c. 1; Eng. Volk., *De reg. princ.* II, c. 2-3; Mars. Pat. 1, c 4. (*perfecta communitas omnem habens terminum per se sufficientiae*); Occam, *Dial.* III, tr. l. lib. 2, c. 3-5.

temps qu'ils la limitent. De cette manière on retire la définition qu'on vient de donner, et, sans se laisser embarrasser, on transforme le superlatif en comparatif et l'attribut absolu en attribut relatif (333). D'autre part, les juristes, le *Corpus Juris* à la main, déclarent que l'Empire est le seul véritable État (334). Mais en même temps ils définissent la *civitas*, le *populus*, et même le *regnum* de telle façon que ces termes peuvent être considérés comme représentant les « communes » rurales ou

(333) C'est ainsi que pour Thom. Aquin. (*De reg. pr.*, 1, c. 1), la « *civitas* » la « *provincia* » et le « *regnum* » sont trois étapes qui conduisent à un accroissement de plus en plus grand de l'autonomie (*per se sufficiens esse*). Ptol. Luc. III, c. 10-22, et IV. c. 1-28, distingue dans l'autorité (*Herrschaft*), les quatre degrés suivants : l'autorité du Prêtre-roi, l'autorité du Roi (qui comprend celle de l'Empereur), l'autorité « politique » et l'autorité domestique; il applique ainsi le terme de *politia* aux *civitates*, qui ont été expressément définies (IV. c. 1) comme étant des villes partiellement assujetties à l'Empereur ou au Roi; mais ensuite il emploie le terme de *civitas* tantôt dans ce sens, et tantôt dans un sens plus général. Plus claire est l'argumentation d'Aegidius Romanus : pour lui, si la *civitas* est « *principalissima communitas* », c'est seulement « *respectu domus et vici* »; la « *communitas regni* » est « *principalior* », car elle tient, vis-à-vis de la *civitas*, le rôle que celle-ci tient vis-à-vis du *vicus* et du *domus* (III. I, c. 1.); Aegid. Rom. déclare d'ailleurs qu'il est absolument nécessaire que plusieurs *civitates*, pour atteindre à l'intérieur et à l'extérieur leur complet développement (*finis et complementum*), s'unissent dans le corps d'un *regnum* ou dans une *confoederatio sub uno rege* (III. 1, c. 4-5; comp. II. 1, c. 2 et III, 2. c. 32). De même pour Occam, *Dial.* III, tr. 1, lib. 2, c. 5, la *civitas* est « *principalissima omnium communitatum* », mais seulement de celles qui se trouvent « *simul in eodem loco habitantes* »; en effet elle est subordonnée à quelque *ducatus* ou *regnum* qui lui-même peut avoir encore un supérieur. Dans les passages cités à la note 64, Dante, Engelbert de Volkersdorf, Augustinus Triumphus et Antonius Rosellus supposent de prime abord que la *civitas* sera complétée par un *regnum* et celui-ci par l'*imperium*.

(334) Les Glossateurs font valoir que, d'après leurs sources, il n'y a pas d'autre État que l'Empire Romain. Il n'y a pas d'autre Souverain que l'Empereur sauf le Pape au point de vue spirituel. De l'avis de ces auteurs tous les autres détenteurs de la puissance publique, y compris les rois et les princes, ne feraient qu'occuper la place des anciens magistrats romains. Cf. Pillius, *De ord. jud.* II, § 13 et 21. Tancredus, *Ordo jud.*, I, 1, §. 1.) Sur ce point Lupold de Bebenburg adhère entièrement à l'opinion des légistes; pour lui (c. 15) les rois sont des « *magistratus majores* » dont l'hérédité est le seul caractère qui les distingue des « *praesides provinciae* »; au point de vue du droit pur, les rois occupent leur poste parce que l'Empereur les y a nommés par « consentement tacite »; il en est de même pour tous les « magistrats » inférieurs, et pour les chefs des « *universitates*, *castra*, *villae* ».

urbaines et les « provinces » (335); et ainsi le concept de l'État se trouve appliqué en fait à des communautés beaucoup plus petites que l'Empire (336). Cependant, du moment où l'idée antique était admise, elle devait s'imposer dans son intégrité et triompher de ces imprécisions. C'est pourquoi, dès lors, nous voyons souvent les philosophes commencer leur théorie de l'État en posant le principe suivant : il ne peut pas y avoir de superposition d'États : il est donc impossible de placer un État Universel au-dessus de l'État, et, au-dessous de l'État, il ne peut y avoir que de simples communes (337). Quant aux jurisconsultes, depuis Bartolus, ils établissent une distinction de plus en plus nette entre les communautés qui ont un *Superior* et celles qui n'en ont pas, ces der-

(335) Comparez la définition de la *civitas* avec celle de l'*urbs*, de l'*oppidum*, de la *villa*, du *castrum*, etc. Dans Joh. Andr. c. 17, dans Sexto 5, 11 et c. 17 dans Sexto 1, 6, nº 7; Dom. Gem. c. 17 dans Sexto 5, 11, nºs 3-4;, Phil. Franch. eod, c. nºs 4-5; Archid. c. 56, C. 12, qu. 2; Barth. Caep. lib. 2 pr. *Dig.* de V. S. nºs 1-28; Vocab. Juris v. *civitas*; Baldus, lib. 5, Dig. 1, 1; Barthol. lib. 1, § 12, *Dig.* 39, 1; Ludov. Rom., lib. 1, § 12, *Dig.* 39, 1, nºs 12-17; Jason, lib. 73, § 1, *de leg.* 1, nºs 1-9; Marcus Dec. 1, qu. 365 et 366. On ne peut reconnaître s'il s'agit de l'État ou d'une commune dans les définitions usuelles de la *civitas*, qui sont les suivantes : « *civium unitas* » ou « *hominum multitudo societatis vinculo adunata ad simul jure vivendum* », tandis que le *populus* est défini « *humanae multitudinis coetus juris consensu et concordi communione sociatus.* »

(336) Baldus, Const. I, Dig. pr. nº 8 : la *respublica* est tantôt Rome, tantôt « *totum imperium* », tantôt « *quaelibet civitas* »; Cons. v. 336; Jason, lib. 71, § 5, *Dig. de leg.* 1, nº 29; Barth. Salic. lib. 4, Cod. 2, 54; Decius, Cons. 360, 403, 468, 564, 638; Joh. de Platea, lib. un. Cod. 11, 21, nº 5; Bertach. v. *respublica*. Pour couper court aux discussions, on admet que les termes ne sont pas pris dans leur « *sens propre* ». [M. Gierke renvoie à d'autres parties de son ouvrage dans lesquelles il a étudié la terminologie employée par les Glossateurs (*Genossenschaftsrecht* III, 201) et par les légistes postérieurs (ib. 358). D'après lui, les glossateurs s'efforcent de considérer l'Empire comme la seule véritable *respublica*, et d'admettre que toutes les communautés plus petites sont « *loco privatorum* »; mais, à l'aide d'une terminologie qu'eux-mêmes reconnaissent « impropre », ils arrivent pratiquement à concéder les droits politiques aux communautés inférieures.]

(337) Telle est la doctrine de Joh. Paris, c. 1, et d'autres Français, qui considèrent « le Royaume » (*regnum*) comme l'État abstrait, et refusent absolument de reconnaître l'*imperium mundi* (voir ci-dessus, note 61). Telle est aussi l'attitude que prennent, sans préciser davantage, Mars. Pat. et Patric. Sen. (*loc. cit.*, I, 3 et suiv.).

nières étant placées sur le même rang que l'*Imperium* (338). Entre la *civitas*, le *regnum* et l'*imperium* on ne voit plus que des différences de grandeur, et non des différences organiques comme celles qui existent entre les membres du même corps. Désormais l'idée de l'État est exclusivement réservée aux communautés qui ne reconnaissent pas de supérieur (*universitates Superiorem non recognoscentes*) (339).

L'Etat et les autres communautés. — Ainsi, dès le Moyen Age, la théorie aboutit à la concentration de

(338) [L'auteur renvoie ici à d'autres parties de son ouvrage, où il montre comment est apparue peu à peu, dans la théorie médiévale, une distinction semblable à celle que la théorie moderne établit entre l'État et la commune. Les corporations sont réparties en deux classes : celles qui « reconnaissent un supérieur », et celles qui n'en reconnaissent pas. Dans le *Genossenschaftsrecht* (III, p. 382, note 118) est cité le passage suivant de Bartolus, lib. 7, *Dig.* 48, 1, nº 14 : *cum quaelibet civitas Italiae hodie, praecipue in Tuscia, dominum non recognoscit, in seipsa habet liberum populum et habet merum imperium in seipsa et* tantam potestatem habet in populo quantum Imperator in universo ; et, du même auteur lib. 3 Cod. 11, 31, nº 2 : *consilium... vicem Imperatoris gerit in illa civitate.* Puis l' « *universitas superiorem non recognoscens* » commence à être considérée comme étant *de facto*, sinon *de jure*, la *respublica* et la *civitas* (c'est-à-dire, en langage moderne, l'État) dont parlent les textes romains. Mais cette manière de voir ne s'établit que graduellement. L'*universitas* qui « reconnait un supérieur » aura la *jurisdictio*, et l'*imperium* peut être acquis par privilège ou par prescription. Les auteurs postérieurs à Bartolus et Alber. Rosc. laissent souvent entendre qu'il leur paraît sans intérêt de discuter encore pour savoir si cette souveraineté est acquise aux communautés *de jure* aussi bien que *de facto*. Panormitanus (c. 7, X. 1, 2, nº 6) admet que les rois et les villes qui ont la souveraineté jouissent des droits impériaux sur leur territoire.]

(339) Paul. Castr. au lib. 1, § 1-3, *Dig.* 3, 4, nº 1, lib. 5, *Dig.* 1, 1, lect. 2, lib. 86, *Dig.* 29, 2, nº 3, dit expressément que, d'après le droit moderne, tout « *populus superiorem non recognoscens* » a une véritable *respublica*, et que d'autres communautés encore ont « *largo modo rempublicam* », tandis que les autres *collegia* sont simplement « *partes reipublicae*, malgré leur ressemblance (*similitudo*) avec les républiques. Le même avis est exprimé par Jason, lib. 19, Cod. 1, 2, nº 15, et lib. 1, *Dig.* 2, 1, nº 18. Par suite, l'idée du *fiscus* est appliquée à toute communauté qui ne reconnaît pas de supérieur, et elle est refusée aux autres. Baldus, lib. 1, *Dig.* 1, 8, nº 19, lib. 1, Cod. 4, 39, nº 22 ; Hippol. Mars. lib. ult. Cod. 3, 13, nº 189 ; Lud. Rom. Cons. 111 ; Bertach. v. *fiscus dicitur* et v. *civitas*, nºs 23, 46, 133, 135-137 ; Marcus, D.

l'idée de l'État, et de plus elle établit que l'attribut distinctif de cet État est la souveraineté extérieure. L'*Imperium Mundi*, qui jusque-là dominait les États souverains, s'évapore et devient une ombre : quand on ne conteste pas absolument son existence, on lui refuse en tout cas le caractère d'État. Il n'y a plus de place pour des États dans l'État, et toutes les communautés autres que l'État doivent être réunies sous la rubrique « Communes et Corporations » (340).

Mais la concentration de toute la vie politique sur un seul point n'exige nullement que sur ce même point soit concentrée toute l'existence de la collectivité. Dans chaque État souverain pouvait subsister, sous une forme réduite, l'idée médiévale de l'organisme commun à toute l'humanité : elle pouvait devenir l'idée de l'organisme commun à toute la nation. C'est ce qui se produisit jusqu'à un certain point. Bien que la théorie des corporations du Droit Romain et du Droit Canon eût décomposé et radicalement transformé les idées germaniques sur l'autonomie des groupes corporatifs (*des genossenschaftlichen Gemeinwesens*), cette théorie avait néanmoins assuré aux communautés non souveraines une existence indépendante, une place à part, en tant que communautés, dans le Droit public, et un rôle, dans l'organisme, entre l'individu et l'État. Et même, au cours des derniers siècles du Moyen Age, qu'animait une si puissante vie corporative, il ne manqua pas de théoriciens de la politique pour combattre la centralisation qui était déjà triomphante dans l'Église et très menaçante dans l'État ; ils essayèrent de maintenir dans la science l'idée que la

(340) Pour comprendre comment le Moyen Age n'est pas parvenu à l'idée de l'État Fédéral (*Bundesstaatsbegriff*), voir S. Brie, *der Bundesstaat*, I, Leipzig, 1874, pp. 12 et suiv. Quand, au Moyen Age, on mentionne, parmi les « *corpora et universitates* » les alliances, ainsi que les « *ligae et confoederationes* » permanentes, on n'attribue pas à celles-ci de qualités politiques et on les fait rentrer dans le domaine du Droit Corporatif. (Bartol. au lib. 4, *Dig.* 47, 22, nos 6-11 ; Baldus, s. pac. Const. v. « *ego* », no 1 ; Angel. Cons. 269, nos 1-2.)

corporation forme un organisme, et de prouver, par une suite de déductions, que les communautés intermédiaires avaient une valeur indépendante et des droits à l'existence (341).

Centralisation de la vie collective. — Cependant, dans l'ensemble, on remarque que, dès le Moyen Age, la tendance de la théorie à accroître sans cesse la souveraineté de l'État conduisit à faire de celui-ci le seul représentant de toute la vie collective. Et dans cette direction, la jurisprudence avait été devancée, de loin, par la philosophie politique.

(341) En ce qui concerne l'Église, les champions du parti conciliaire résistent aux tendances centralisatrices qui apparaissent dans la doctrine de l'épiscopat universel du Pape (telle qu'elle est exposée par Augustinus Triumphus, I. qu. 19, Alvarius Pelagius, et Turrecremata, *De pot. pap.* c. 65), dans la théorie suivant laquelle le droit de l'Église Romaine est la source des droits de toutes les autres Églises (Dom. Gem. Cons. 14, nos 2-4 et 74, nos 3-6), dans l'affirmation que le Pape peut disposer des droits de toutes les Églises particulières (Decius, Cons 341, nos 8-9 : *papa potest dominium et jus quaesitum alicui ecclesiae* etiam sine causa *auferre*), etc. Voir Joh. Paris, c. 6; Petr. de Alliac. dans Gers. Op., I pp.666 et suiv et 692, et *De eccl. pot.* II, c. 1; Gerson. II, p. 256, pour la défense des droits des Églises particulières; l'étude la plus approfondie est celle de Nic. Cus. II, c. 13, 22-28. Voir également, ci-dessus, les notes 89 et 90.

En ce qui concerne l'État, la même attitude est prise, non seulement par Dante, Nic. Cus. et Anton. Rosell. (cf. ci-dessus, les notes 62 à 64) qui défendent l'idée, propre au Moyen Age, d'une communauté dans laquelle serait comprise toute l'humanité, mais encore par Mars. Pat. (II, c. 24) lui-même, qui affirme la nécessité de maintenir une série d'organismes intermédiaires entre l'individu et l'Église, aussi bien qu'entre l'individu et l'État (voir ci-dessus la note 89). D'après Occam, *Dial.* III, tr.2, lib. 1, c. 30, même « *ipsa tota communitas Romanorum* » ne devrait pas empiéter sur les « *jura partialia Romanorum personarum vel congregationum seu collegiorum aut communitatum particularium* ». Comp. *ib.* lib.2, c.28 : « *quaelibet privata persona et quodlibet particulare collegium est pars totius communitatis, et ideo bonum cujuslibet privatae personae et cujuslibet particularis collegii est bonum totius communitatis* ». Voir aussi Paris de Puteo, Tr. de Synd. p. 40, nº 20 : *Princeps sine causa non tollit universitati publicum vel commune sicut nec rem privati*; ce serait une *rapina*. Souvent aussi on répète, d'après Aristote, que la suppression des « *sodalitates et congregationes* » est une marque de tyrannie, et que le « *verus rex* » désire avoir ses sujets « *confoederatos et conjunctos* » : Aegid. Rom. III. 2, c. 10; Thom. Aquin, *De reg. princ.* I, c. 3; *Somn. Virid.* c. 134; Gerson, IV, p. 600.

La théorie philosophique et le droit féodal. — La jurisprudence offrait pour longtemps encore un abri sûr aux droits d'origine germanique, en vertu desquels une autorité seigneuriale indépendante pouvait se maintenir dans l'État au-dessous du Pouvoir souverain. La jurisprudence avait en effet reconnu le droit féodal et traitait les fonctions publiques comme des objets de propriété privée. Mais, par contre, les droits féodaux et patrimoniaux ne pouvaient trouver aucune place dans le système abstrait qu'avait construit la théorie de la philosophie politique (342). C'est dans cette théorie que commença à se développer l'idée que tout pouvoir public de rang inférieur est une simple délégation du pouvoir souverain (343). C'est là aussi que se transforma l'idée que le Moyen Age s'était faite des fonctions publiques : on considéra désormais qu'une de ces fonctions représentait simplement la charge d'exercer le pouvoir de l'État qui, par essence même, était unique et intransmissible; et le terme de cette transformation fut de faire considérer chaque fonctionnaire comme l'instrument librement choisi de la volonté souveraine (344).

(342) Des écrivains de ce groupe Ptol. Luc. est le seul qui aborde sérieusement la question de la féodalité : il développe l'idée que, si les fonctions salariées conviennent mieux au régime républicain, par contre les fonctions féodales conviennent mieux au régime monarchique : II, c. 10; et comp. III. c. 21-22.

(343) A ce résultat tendent également la doctrine de la « *plenitudo potestatis* » du Prince, et la doctrine de la souveraineté du Peuple. Ce principe n'a été développé en faveur de l'Empereur par personne avec plus de rigueur que par Aeneas Sylvius, c. 14-23 : il va jusqu'à déclarer que, d'une décision prise par l'Empereur, on ne peut faire appel à l'assemblée de l'Empereur et des Princes, et que ce serait un crime de lèse-majesté; en effet l' « *imperator cum principibus* » ne peut rien faire de plus que l' « *imperator solus* » : — « *amat enim unitatem suprema potestas* ».

(344) Voir comment l'Empereur Frédéric II formule l'idée qu'il se fait des fonctions publiques (dans Petr. de Vin. III, 68) : Pour remplir notre mission divine, nous devons instituer des fonctionnaires, « *quia non possumus per universas mundi partes personaliter interesse, licet simus potentialiter ubique nos* »; les fonctionnaires doivent équitablement « ad actum *deducere quod* in potentia *gerimus per eos velut ministros* »; voir aussi *ib.*V

La théorie philosophique et le droit corporatif. — Le même traitement fut appppliqué aux droits d'origine germanique qui assuraient l'indépendance des corporations : la jurisprudence leur offrit longtemps encore un abri dans sa théorie des corporations, mais ils ne furent pas admis dans le système abstrait qu'élaboraient les philosophes et les politiques. La doctrine de l'État, bâtie sur le modèle de l'Antiquité, ne pouvait reconnaître des groupes intermédiaires entre l'État et l'individu. Par suite la corporation, proscrite du domaine du Droit Naturel, était réduite à se baser uniquement sur le Droit Positif, que l'État avait créé et qu'il pouvait modifier à son gré. Et quand on estima que le Pouvoir public, d'une part, et la Liberté individuelle, d'autre part, étaient les prémisses nécessaires, mais suffisantes, desquelles il fallait déduire toute la philosophie du Droit, la corporation ne put être admise par le Droit Public que si elle devenait une partie de l'État, et par le Droit Privé que si elle devenait une personne artificielle. Tout ce qui, dans la vie, faisait exception à cette théorie, fut considéré comme le résultat de « privilèges » que l'État avait accordés et qu'il pouvait toujours révoquer dans l'intérêt du bien public. A vrai dire, il est rare que les conséquences de cette manière de voir se trouvent explicitement formulées avant la fin du Moyen Age (345).

c. 1 et suiv., 100-102, VI c. 19, 21-23. En ce qui concerne les modifications apportées par les Hohenstaufen à l'inféodation des fonctions publiques en Italie, voir Ficker, *Forschungen*, II, pp. 277, 472 et suiv., 477 et suiv. Comp. l'idée de l'*officium* dans Thom. Aquin. *De reg. princ.* I, c. 15; Mars. Pat., I c. 5, 7, 15 (le soin d'instituer des fonctions publiques et de délimiter leurs sphères de compétence appartient au pouvoir législatif; le soin de nommer, de diriger, de punir et de payer les fonctionnaires appartient au pouvoir exécutif); Patric. Sen. III, 1.12.

(345) Par exemple Petr. de Andlo, I c. 12, se basant sur la maxime « *contra absolutam potestatem principis non potest praescribi* », déclare expressément que l'Empereur a le droit, quand il lui plaît, de retirer à une commune ou à une corporation le pouvoir public dont elle a l'exercice, quelque ancien que celui-ci puisse être. Il recommande d'agir ainsi à l'égard des juridictions souveraines (*Gerichtshoheit*), surtout en matière criminelle, qui subsistent dans « *plures communitates, imo castella et exi-*

Mais, dès cette époque, la philosophie politique était à l'œuvre : d'une part, elle s'assimilait l'idée antique de l'État, et, d'autre part, elle maintenait les droits de l'individu en sauvant l'idée chrétienne et germanique de la Liberté, qu'elle plaçait dans la théorie du Droit Naturel. Plus son travail avançait, et mieux les armes étaient affilées pour la lutte qui devait remplir les siècles suivants : lutte dans laquelle, tandis que l'État souverain et l'Individu souverain se contestaient les frontières assignées à leurs pouvoirs par le Droit Naturel, tous les groupes intermédiaires furent réduits à l'état de créatures plus ou moins arbitraires du Droit Positif et finirent par être supprimés.

La nouvelle théorie du droit d'association. — C'est ainsi que les théories politiques menacèrent de détruire cette doctrine corporative à laquelle elles devaient les principaux matériaux de leurs propres constructions. La jurisprudence, à son tour, ne put s'empêcher d'adopter peu à peu cette manière de comprendre le principe corporatif, sous l'influence du véritable Droit Romain qui reparaissait à travers les déformations que le Moyen Age et l'esprit germanique lui avaient fait subir. Comme le montre un coup d'œil sur l'exposé précédent, tout le développement de la théorie des corporations, au Moyen Age, tendit à admettre une nouvelle idée de l'association. D'après celle-ci, l'État seul est la source et le « sujet » du Droit Public ; la corporation ne peut donc agir, dans le domaine politique, que comme délégation de l'État, et c'est seulement dans le domaine du Droit Privé qu'elle devient un « sujet » de droits, sujet artificiellement formé

guae villae terrarum, ubi per simplicissimos rusticos jus reddi consuevit ». — Voir aussi comment l' « autonomie » est condamnée par Aegid. Rom. III, 2. c. 27, et indirectement par Thom. Aquin. *Summa Theol.* II, 1, qu. 90, a. 3, et comment Mars. Pat. reconnaît à l'État des pouvoirs spéciaux sur l'Église en ce qui concerne les *collegia* (II, c. 21 et III, c. 29), et les fondations (II, c. 17, 21, et III, c. 28). Voir ci-dessus la note 324.

à l'image de l'individu. Il est vrai que ce programme n'était nullement réalisé à la fin du Moyen Age, et même que la théorie des corporations se maintint longtemps encore assez intacte en apparence. Elle ne s'effondra que quand le Droit Naturel, ayant atteint son complet épanouissement, envahit toute la jurisprudence. Mais alors le Droit Naturel commença à reconstruire la théorie des corporations dans un esprit conforme au droit d'association (*Genossenschaftsrecht*), tel que la tradition germanique l'a développé dans les temps modernes (346).

(346) Cf. Gierke, Joh. Althusius, pp. 234 à 263.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE

par Jean de Pange

I. — L'idée de l'Église.

II. — L'État chrétien.

III. — Le droit germanique.

INTRODUCTION

par Frederic William Maitland

BIBLIOGRAPHIE

LES THÉORIES POLITIQUES DU MOYEN AGE

par Otto von Gierke

I. — L'évolution des théories politiques.

II. — Macrocosme et Microcosme.

III. — L'unité dans l'Église et dans l'État.

VI. — L'idée de la souveraineté populaire.

VII. — L'idée de la représentation.

VIII. — L'idée de la personnalité.

IX. — L'État et le Droit.

X. — Les débuts de l'État moderne.

PITHIVIERS. — IMP. DOMANGÉ ET Cie. — 6211



